

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

**DES ACTES
SUSCEPTIBLES D'ÊTRE ATTAQUÉS
PAR LE RECOURS
POUR EXCÈS DE POUVOIR**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

le Samedi 15 Juin 1929, à 4 heures

PAR

Alexandru C. SAGHIN

**BORDEAUX
IMPRIMERIE J. BIÈRE
18, rue du Peugue, 18**

1929

Saghin

1

1

1

THÈSE
POUR LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DES ACTES
SUSCEPTIBLES D'ÊTRE ATTAQUÉS
PAR LE RECOURS
POUR EXCÈS DE POUVOIR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

le Samedi 15 Juin 1929, à 4 heures

PAR

Alexandru C. SAGHIN

BORDEAUX
IMPRIMERIE J. BIÈRE
18, rue du Peugue, 18

1929

DES ACTES
SUSCEPTIBLES D'ÊTRE ATTAQUÉS
PAR LE RECOURS
POUR EXCÈS DE POUVOIR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

le Samedi 15 Juin 1929, à 4 heures

PAR

Alexandru C. SAGHIN

BORDEAUX
IMPRIMERIE J. BIÈRE
18, rue du Peugue, 18

1929

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

Professeurs honoraires : MM. SAUVAIRE-JOURDAN, **Q I.**; BARDE
***. Q I.**; LESCURE **. Q A.**; de BOECK, ***. Q I.**, NOAILLES.

FERRON, **Q I.**, *Doyen*, professeur de *Droit commercial*.

BENZACAR, **Q I.**, professeur d'*Economie politique*.

FERRADOU, **Q I.**, Assesseur du Doyen, professeur d'*Histoire du droit* et chargé d'un cours d'*Histoire du droit privé* et d'un cours d'*Histoire du droit public* (Diplômes d'études supérieures).

MARIA, **Q I.**, professeur de *Droit romain*.

MARGAT, **Q I.**, professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *droit international privé* (3^e année).

BONNECASE, **Q I.**, professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit maritime* (3^e année).

PALMADE, **Q A. 3**, professeur de *Droit civil*.

VIZIOZ, **Q A.**, professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures).

BONNARD, **Q I.**, professeur de *Droit administratif* et chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (Diplôme d'études supérieures).

POPLAWSKI, **Q A.**, professeur de *Droit criminel* et chargé d'un cours de *Législation industrielle*.

BOYÉ, professeur de *Droit romain*.

MOUNIER, **Q A.**, professeur d'*Economie politique* et chargé d'un cours d'*Histoire des doctrines économiques* (Diplôme d'études supérieures).

BIBIÉ, ***. 3**, professeur de *Droit international public*.

REGLADE, professeur de *Droit constitutionnel et administratif*.

GARRIGOU-LAGRANGE, agrégé, chargé d'un cours de législation financière (3^e année) et d'un cours d'économie politique, (diplôme d'études supérieures) et d'un cours de *Législation coloniale* (3^e année).

LABORDE LACOSTE, **Q A.**, professeur à la Faculté de Droit d'Aix, chargé d'un cours de *Droit civil* (Licence), et des cours de *Droit civil* (Capacité).

HUBRECHT, chargé de cours (*Droit romain*).

ROUSSEAU, chargé de cours (*Droit public, Doctorat*).

M. BEAUDUN, **Q I.**, *secrétaire*.

Mme COSTES, *secrétaire-adjointe*.

M. SALINGARDES, **Q I.**, *bibliothécaire*.



COMMISSION DE LA THESE

MM. BONNARD, *professeur* *Président*

RÉGLADE, *professeur*

ROUSSEAU, *chargé de cours*

} *Suffragane*

A LA MÉMOIRE DE MES REGRETTÉS PARENTS

*En témoignage de la profonde
reconnaissance que je leur dois.*

A MES MAITRES
DE L'UNIVERSITE DE CERNAUTI (Roumanie)
ET DE LA FACULTE DE DROIT DE BORDEAUX
AU GOUVERNEMENT ROUMAIN.

Mon premier devoir, au seuil de cette étude, est d'adresser mes plus vifs remerciements *aux éminents professeurs de l'Université de Cernauti*, qui, dans les années 1923 à 1926, ont formé mon esprit juridique; parmi eux, je tiens particulièrement à nommer *l'illustre professeur et ancien doyen Georges Drăganescu*, dont le grand souci a toujours été de nous apprendre à penser, à réfléchir logiquement et surtout à exprimer nos idées d'une façon adéquate.

De même, j'ai une lourde dette de reconnaissance envers *MM. les Professeurs de la Faculté de Droit de Bordeaux*, et spécialement envers celui qui fut en Droit public un des plus grands savants du monde entier, le *regretté Doyen Léon Dugué*. A cet homme remarquable, à ce maître excellent, je dois les bases solides qui m'ont permis d'édifier cet ouvrage. Je lui reste profondément reconnaissant de la bienveillance qu'il m'a témoignée et de l'amabilité avec laquelle il m'a prodigué ses conseils toujours pleins de sagesse.

J'adresse aussi mes remerciements à *MM. les Professeurs Roger Bonnard et Marc Réglade* pour l'aide qu'ils m'ont apportée dans mon travail.

Enfin, je ne peux oublier dans ma gratitude *Notre Honoré Recteur de l'Académie de Bordeaux, M. F. Dumas* pour la bourse d'études qu'il a eu la générosité et la bienveillance de m'accorder et le *Gouvernement Roumain* qui m'a permis de compléter et finir mes études en France.

A tous, merci.

Alexandru C. SAGHIN.

ABRÉVIATIONS

C. d'E.....	Conseil d'Etat.
R.	Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat, collection LEBON.
S.	Recueil SIREY.
D.	Recueil DALLOZ.
D. H.	DALLOZ Hebdomadaire.
D. P.	DALLOZ Périodique.
R. D. P.	Revue du droit public et législatif étranger sous la direction de M. G. JÈZE.
R. D. P. R.	Revista de drept public, Bucuresti, sous la direction de M. P. NEGULESCU.
R. P. P.	Revue politique et parlementaire.
REV. CRIT.	Revue critique de l'égislation.
R. GÉN. D'AD. ...	Revue générale d'administration.
R. D. I.	Revue du droit international.
R. D. I. P.	Revue du droit international privé.
R. D. I.	Revue du droit international, comparé.
A. O. R.	Archiv des öffentlichen Rechts.
J. O. R.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts.
Z. O. R.	Zeitschrift des öffentlichen Rechts.
D. J. Z.	Deutschen Juristen-Zeitung.

ADDENDA ET CORRIGENDA

- Abréviations, ligne 17, lire *R. D. I. E.* au lieu de *R. D. I.*
Page 13, note 2, lignes 2 et 3, lire *le Rechtsstaat, c'est un Etat qui se place au-dessus du droit, mais sous le droit*, au lieu de *c'est l'Etat qui se place au-dessus du droit, mais sous le droit*.
Page 14, ligne 19, lire *Ihering*, au lieu de *Jehring*; idem page 15, note 1, ligne 2.
Page 15, note 2, ligne 2, lire *Allgemeines Staatslehre*, au lieu de *Allgemeine Staatslehre*.
Page 17, ligne 1, lire *l'activité*, au lieu de *l'act, vité*.
Page 17, ligne 2, lire *ou*, au lieu de *où*.
Page 17, ligne 7, lire *par ce fait que*, au lieu de *parce que*.
Page 17, ligne 15, lire *ou individuels*, au lieu de *où individuels*.
Page 17, ligne 16, lire *ou d'annuler ou d'opportunité*, au lieu de *où d'annuler, où d'opportunité*.
Page 18, ligne 4, lire *ou des règlements*, au lieu de *où*.
Page 18, ligne 19, lire, *ou d'une situation*, au lieu de *où*.
Page 18, ligne 32, lire *ou en Roumanie*, au lieu de *où en Roumanie*.
Page 20, ligne 21, lire *du droit écrit ou non*, au lieu de *où non*.
Page 20, ligne 21, lire *ou objective*, au lieu de *où objective*.
Page 25, ligne 5, lire *principe*, au lieu de *rincipe*.
Page 26, ligne 25, lire *irrecevable*, au lieu de *irrévocable*.
Page 57 en note 2, ligne 2, lire « *Der Zweck im Recht*, au lieu de *Der Zweck im Rechte* »; idem page 149, note 3, ligne 4.
Page 68, lire § 3, au lieu de § III.
Page 80, ligne 1, lire *de la part*, au lieu de *la par*.
Page 82, ligne 19, lire *les règlements intérieurs*, au lieu de *inférieurs*.
Page 94, ligne 20, lire *rapatriement* au lieu de *repatriement*.
Page 96, ligne 20, lire, *que sont des actes de gouvernement non seulement les actes diplomatiques eux-mêmes, mais aussi les actes qui sont faits en leur exécution*, au lieu de, *que sont des actes de gouvernement non seulement les actes qui sont faits en leur exécution*.
Page 99, en note 4, ligne 2, lire, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, au lieu de *des subjectiven*, idem p. 160, note 1, ligne 14.
Page 108 ligne 12, lire *exister*, au lieu de *exister*.
Page 136, ligne 15, lire *contre*, au lieu de *ontre*.
Page 144, ligne 1, lire *M. Berthélémy* au lieu de *Barthélémy*.
Page 144, note 2, ligne 3, lire *Barthélémy et Duez* au lieu de *Berthélémy et Duez*.
Page 147, ligne 5, lire *Notverordnungen* au lieu de *Nothverordnung*, de même, page 149, note 3, ligne 5.
Page 161, ligne 9, lire *l'Etat* au lieu de *l'Eat*.
Page 166, ligne 7, lire *ne peuvent* au lieu de *n peuvent*.
Page 169, lire Section II, *Les actes subjectifs unilatéraux qui portent atteinte à une situation juridique objective*, au lieu de *actes objectifs unilatéraux qui portent atteinte à une situation juridique objective*.
Page 172, en note 2, ligne 1, lire *Lieutenant de vaisseau Viaud* au lieu de *Viaud* Rec. p. 153 au lieu de p. 155.
Page 199, ligne 17, lire *Hauptprobleme* au lieu de *Hauptproblemen*.
Page 199, ligne 3, lire *Deutsches Verwaltungsrecht* au lieu de *Deutschen Verwaltungrecht*.
Page 206, ligne 18, lire Chapitre II, *Le recours pour excès de pouv. n'est pas recevable contre des actes émanant des autorités ayant un caractère représentatif*, au lieu de *Le Recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre les actes émanant des autorités ayant un caractère représentatif*.

Page 53, ligne 14, lire ministérielle au lieu de matérielle.

ADDENDA ET CORRIGENDA

- Page 15, note 2, ligne 2, lire *Allgemeines Staatslehre*, au lieu de *Allgemeint Staatslehre*.
- Page 17, ligne 1, lire *l'activité*, au lieu de *l'act, vité*.
- Page 17, ligne 2, lire *ou*, au lieu de *où*.
- Page 17, ligne 7, lire *par ce fait que*, au lieu de *parce que*.
- Page 17, ligne 15, lire *ou individuels*, au lieu de *où individuels*.
- Page 17, ligne 16, lire *ou d'annuler ou d'opportunité*, au lieu de *où d'annuler, où d'opportunité*.
- * Page 18, ligne 4, lire *ou des règlements*, au lieu de *où*.
- Page 18, ligne 19, lire, *ou d'une situation*, au lieu de *où*.
- Page 18, ligne 32, lire *ou en Roumanie*, au lieu de *où en Roumanie*.
- Page 20, ligne 21, lire *du droit écrit ou non*, au lieu de *où non*.
- Page 20, ligne 21, lire *ou objective*, au lieu de *où objective*.
- Page 25, ligne 5, lire *principe*, au lieu de *rincipe*.
- Page 26, ligne 25, lire *irrecevable*, au lieu de *irrévocable*.
- Page 57 en note 2, ligne 2, lire « *Der Zweck im Recht*, au lieu de *Der Zweck im Rechte* »; *idem* page 149, note 3, ligne 4.
- Page 68, lire § 3, au lieu de § III.
- Page 80, ligne 1, lire *de la part*, au lieu de *la par*.
- Page 82, ligne 19, lire les règlements *intérieurs*, au lieu de *inférieurs*.
- Page 94, ligne 20, lire *rapatriement* au lieu de *repatriement*.
- Page 96, ligne 20, lire, *que sont des actes de gouvernement non seulement les actes diplomatiques eux-mêmes, mais aussi les actes qui sont faits en leur exécution*, au lieu de, *que sont des actes de gouvernement non seulement les actes qui sont faits en leur exécution*.
- Page 99, en note 4, ligne 2, lire, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, au lieu de *des subjectiven*, *idem* p. 160, note 1, ligne 14.
- Page 136, ligne 15, lire *contre*, au lieu de *ontre*.
- Page 161, ligne 9, l'*Etat*, au lieu : de l'*Eat*.
- Page 166, ligne 7, lire *ne peuvent* au lieu de *n peuvent*.
- Page 172, en note 2, ligne 1, lire *Lieutenant de vaisseau Viaud*, au lieu de *Viand*, Rec. p. 153 au lieu de 155.
- Page 199, ligne 17, lire *Hauptprobleme* au lieu de *Hauptproblemen*.
- Page 199, ligne 31, lire *Deutsches Verwaltungsrecht*, au lieu de *Deutschen Verwaltungsrecht*.
-

INTRODUCTION

Il n'y a pas d'Etat sans administration. Même dans les Etats les plus primitifs, il y avait une administration, condition de la vie sédentaire.

L'administration, qui se présente comme une activité humaine, et se réalise au moyen d'actes juridiques administratifs ou d'opérations matérielles administratives, doit être organisée pour pouvoir fonctionner normalement et régulièrement.

D'après la manière dont est organisée la fonction administrative, il y a deux formes d'Etat, avec deux types d'administration. *L'Etat de police* ou le *Polizeistaat* des Allemands, et *l'Etat de droit* ou plutôt légal ou le *Rechtsslaal*.

L'Etat de police ne comporte pas absence complète d'un droit administratif. Mais il se caractérise par ce fait que ce droit n'oblige que les administrés vis-à-vis de l'administration et non l'administration vis-à-vis des administrés. L'administration n'est liée par aucune légalité; elle conserve un pouvoir discrétionnaire très étendu. Donc l'Etat de police est un Etat dont l'administration n'est pas liée par la loi, et n'est pas soumise au principe de la légalité; tandis que l'Etat de droit implique pour l'administration ce principe de liaison juridique.

L'autorité administrative dans un Etat de police peut d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative, en vue d'atteindre la fin qu'elle se propose. Ce régime de police est fondé sur l'idée que la fin suffit à justifier les moyens.

Dans l'Etat de police les citoyens sont esclaves du souverain, soumis à son pouvoir arbitraire. La loi suprême est : « *Regis voluntas suprema lex* ». Quant à l'administration : « *Quod regi placuit* ».

L'Etat de police, qui, pendant des siècles, fut le type d'Etat de l'Europe continentale, est aujourd'hui une exception. Cette forme d'Etat subsiste encore dans les monarchies absolues (au nombre de trois : l'Afghanistan, le Siam et l'Ethiopie), tandis qu'elle est à peu près, complètement abandonnée dans les monarchies constitutionnelles (au nombre de 20, ex. : Angleterre, Roumanie, Belgique, etc.).

Bien que le prototype de l'Etat de police soit la monarchie, cette forme d'Etat n'est pas liée à la monarchie. Il y a beaucoup de monarchies qui sont des Etats de droit ou légaux, et au contraire il y a des démocraties ou oligarchies très avancées qui sont des Etats de police¹.

Dans les Etats de police d'aujourd'hui autre que l'U. R. S. S., l'administration, séparée de la justice, se confond avec la police. Il n'y a pas de règles de droit s'imposant à l'administration à l'égard des administrés; l'activité administrative reste une activité libre, indépendante de la loi, c'est-à-dire, non liée par le droit, alors que la justice est liée par la loi qui n'est que l'exécution du droit.

Dans le « paradis rouge » de la Russie soviétique, l'administration se confond non seulement avec la police mais aussi avec la Justice.

C'est ainsi que la police politique, Guépéou, a une compétence pénale.

Certains auteurs russes, soutiennent que le régime de l'Etat de police soviétique, qui supprime les libertés individuelles, n'est pas un régime despotique, mais un système juridique qui nie leurs nécessités².

1. V. par ex. : l'Espagne, l'Egypte; les Républiques : Pologne, Lituanie, Grèce, Turquie, l'Allemagne sous Eisner, la Hongrie sous Bella Kuhn; la Russie sous le régime R. S. S., la Yougoslavie, etc.

2. V. Iskrov Karadje : *L'évolution du droit administratif russe*, Irkysk, 1927, p. 36 et s.

En Russie soviétique, l'Etat législateur, administrateur et juge, est soustrait à toute règle de droit ; pour lui, il n'existe ni droit ni loi qui serait obligatoire.

Les administrateurs subordonnés à une hiérarchie interne sont exempts de toute subordination envers le droit.

Les autorités administratives sont libres de choisir entre l'application et la non-application de telle ou telle norme du droit écrit, selon ce que commande la conformité au but révolutionnaire.

Donc, dans la Russie soviétique, il n'y a pas une limitation de l'Etat par le droit, réalisée par le principe de la légalité ; mais il y a une limitation de l'Etat par le principe de la conformité au but révolutionnaire qu'il poursuit, c'est-à-dire : que l'Etat S. S. n'est pas lié par ses propres lois, mais qu'il est limité par le but révolutionnaire.

L'Etat russe, disent les plus notables jurisconsultes des soviets, est un Etat libre, parce que, même son propre droit ne l'engage à rien, alors que les Etats bourgeois sont liés par leur propre droit¹.

Condamnant l'Etat de police, Rousseau, dans son *Contrat social* écrit : « J'appelle donc République tout Etat régi par des lois », et plus loin : « Qu'est-ce donc que le gouvernement ? Un corps intermédiaire chargé de l'exécution des lois », « Le cas de la dissolution de l'Etat peut arriver... Quand le prince n'administre plus l'Etat selon les lois... le despote est celui qui se met au-dessus des lois². »

La fonction administrative dans un *Etat de droit*, doit toujours demeurer dans les limites des lois. L'administra-

1 V. en ce sens Archipoff, *La loi dans l'Etat soviétique*, 1926, p. 45 et s. Nossov, *La théorie de la justice administrative russe*, 1925, p. 70, et p. 74. Karadzea Iskrov : *op. cit.* p. 33 et s. Lenin : *Œuvres*, t. 15, p. 375 (en russe). Mirkine-Guetzewich : *La théorie générale de l'Etat soviétique* 1928, écrit à la page 88. « L'Etat soviétique a pour base la primauté de la conformité au but sur la légalité et la primauté du fait sur le droit. »

2 V. Rousseau *Contrat social* chap. I, VI et chap. X. V. aussi Gierke dans *Zeitschrift für Staatswissenschaft*, t. XXX, p. 13 écrit que : le *Rechtsstaat*, c'est un Etat qui se place au-dessus du droit, mais sous le droit. V. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 216 et 242 ; Laband, *Staatsrecht*, t. 1, p. 686, et éd. fr. t. II, p. 526 ; Gneist, *Rechtsstaat*, p. 16.

tion ne peut s'exercer que *secundum legem*, c'est-à-dire, en conformité avec les lois, et *inter legem*, c'est-à-dire restant toujours dans les limites de la loi établie d'avance. Donc, la loi dans un Etat de droit est non seulement la condition de l'activité administrative, mais aussi la limite de cette activité.

Le régime de l'Etat de droit est établi uniquement dans l'intérêt des citoyens et a pour but de les défendre contre l'arbitraire des autorités étatiques, et de sauvegarder leurs intérêts. Mais l'administration dans un Etat de droit reste entièrement libre quand il s'agit de l'organisation et du fonctionnement de son activité interne. Pour ces dispositions, l'administration conserve, encore en partie, un pouvoir discrétionnaire, et le régime de l'Etat de police subsiste.

Cette doctrine et cette forme d'Etat se trouvent aujourd'hui à la base de tous les Etats modernes civilisés. C'est ainsi qu'après la guerre de 1914-1918 elles se trouvent à la base des Etats allemands. La doctrine allemande, avec Seydel, Jellinek et Jhering, soutient que le droit est une émanation directe de l'Etat et que celui-ci peut faire les lois qu'il lui plaît; ils affirment cependant, par une contradiction manifeste, que l'Etat est lié par le droit. L'Etat possède selon Jellinek et Jhering la faculté de s'auto-déterminer (*Selbstbestimmung*) souverainement, mais dans son intérêt bien entendu; l'Etat s'auto-limite (*Selbstbechränkung*), et s'interdit à lui-même d'user de ses facultés d'auto-détermination pour faire des lois contraires au droit ou pour ne pas observer les lois qu'il a déjà faites. Il est difficile de comprendre comment un organe possédant un pouvoir absolu peut être limité par lui-même; un pouvoir quelconque ne peut être limité que par un pouvoir supérieur. Si l'Etat est limité par lui-même, il ne possède point la faculté absolue de s'auto-déterminer, puisqu'il y a des actes qu'il ne peut pas faire. On ne peut pas penser que si cet intérêt disparaissait, la limitation de l'Etat disparaîtrait aussi. Qui empêche l'Etat de supprimer l'auto-limitation en vertu de sa

faculté d'auto-détermination? Quant à la limitation de l'administration par le droit, la théorie allemande soutient que l'agent est entièrement libre d'agir dans les cas où la loi ne prévoit pas une certaine limitation. Donc, il n'y a limitation de l'administration par le droit, que pour les cas prévus spécialement par les lois¹.

Les auteurs autrichiens² avec Hans Kelsen et Adolf Merkl, qui ont établi la théorie de la formation du droit (de l'ordonnance juridique) par degrés (Stufenbau der Rechtsordnung) soutiennent que l'activité administrative ne peut être entièrement liée par la loi, ni entièrement indépendante d'elle. Elle ne peut pas, dans son ensemble, être liée par la loi, parce que n'étant pas un degré de formation du droit, elle contient non seulement exécution du droit du degré supérieur, c'est-à-dire de la loi, mais aussi création du droit nouveau. Or, dans cette création, la liaison est logiquement impossible. D'autre part, l'administration ne peut être entièrement affranchie de la loi, étant un des degrés de formation du droit, elle contient aussi forcément exécution de la loi, et elle est aussi liée par la loi; MM. A. Merkl et Hans Kelsen soutiennent que tout droit est un Staatsrecht et tout Etat est un Rechtstaat, et que la conception de l'Etat n'est pas subordonnée à l'autorité du droit, mais que les deux conceptions sont égales et que l'Etat n'est qu'une communauté du droit (Rechtsgemeinschaft). D'après ces auteurs, il est difficile de savoir quand on se trouve en présence d'un Etat de droit, ou d'un Etat de police, et nous ne pouvons guère concevoir comment, avec leurs conceptions, on pourra établir une limitation de l'Etat par le droit, quand les deux ne sont qu'une seule et même chose.

L'établissement complet du principe de la légalité n'existe

1. Syedel, *Grundzüge einer Allgemeine Staatslehre*, 1873, p. 14 et s.; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* p. 302 et s.; Jehring, *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 311 et 336 et s.

2. V. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 16 et 299; *Soziologische und juristische Staatbegriff*, p. 253. A. Merkl, *Allgemeine Verwaltungsrecht*, p. 19 et 69. V. aussi Julius Stahl, *Der Rechtsstaats*, p. 1 et s.

que dans un *Etat légal*. L'Etat légal se caractérise par le fait que l'autorité administrative, dans tous les cas et en toutes les matières, est liée par la loi, c'est-à-dire qu'elle ne pourra agir qu'en exécution ou par permission d'une loi.

La France, qui jusqu'à la Révolution de 1789 a été un Etat de police, devient à partir de cette date un Etat de droit; avec la loi constitutionnelle du 25 février 1875, art. 3, elle devient un Etat légal en ce qui concerne l'administration et la justice. Quant à la fonction législative, elle n'a d'autres limites et garanties que la bonne volonté du législateur.

Conformément à l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, l'administration assure l'exécution de la loi, c'est-à-dire qu'elle doit toujours chercher dans un texte législatif la source et la légitimation de son activité.

Aujourd'hui en France, quelle que soit l'activité administrative, son objet et ses effets, elle ne peut être normalement exercée que conformément à une disposition légale, législative, établie préalablement.

C'est ainsi que le doyen Duguit s'exprime en termes suivants : « Ainsi dirai-je que l'Etat moderne, en tant qu'il administre et qu'il juge, ne peut agir que conformément à la loi, il est lié par la loi en ce sens que ses agents administratifs et juridictionnels ne peuvent faire aucun acte qui ne soit permis ou ordonné par la loi »¹.

L'Etat moderne étant un Etat de droit, cela signifie :

1^o Qu'aucune décision ne peut être prise qui soit contraire à la loi.

2^o Qu'aucune décision ne peut être prise qui porte atteinte à une situation légale où objective.

3^o Que toute situation subjective doit être protégée contre l'Etat et contre les particuliers.

1. V. sur l'Etat de droit ou légal Duguit, *Traité*, éd. 2, t. II, p. 83 et s.; 700 et s.; t. III, éd. 2, p. 547 et 681 et s.; t. I, éd. 3, p. 104 et 651; t. II, éd. 3, p. 38 et 690 et s. M. Bonnard, *Précis*, p. 137 et s. Mohl, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats* § 2; Gneist, *Der Rechtsstaats*, 2^e éd. p. 33; Staal, *Rechts und Staatslehre*, 3^e éd. t. II, p. 137 et s.; Otho Mayer, *Droit administratif allemand*, t. I, p. 74 et 81.

Mais pour que l'activité administrative s'exerce dans un Etat de droit où légal dans les limites de la légalité, il faut organiser un contrôle de cette légalité administrative.

Pour cela il y a deux systèmes. Ce sont : le système de l'*Etat administratif* (*Verwaltungsstaat*) et celui de l'*Etat Justice* (*Justizstaat*).

L'*Etat administratif* se caractérise parce que le contrôle de la légalité dans l'administration est exercé par l'administration elle-même au moyen du recours hiérarchique. Le contrôle hiérarchique est dans un Etat administratif un contrôle normal sans que l'administration ait besoin de faire appel à la Justice.

L'autorité administrative supérieure, en vertu de son pouvoir hiérarchique, a le droit d'imposer aux agents subalternes des ordres de service généraux où individuels, de réformer, de modifier où d'annuler pour des raisons de droit où d'opportunité les actes, de leurs subordonnés, attaqués comme étant pris en violation de ce principe.

C'est ainsi que, pendant longtemps, en France, l'annulation des actes administratifs entachés d'excès de pouvoir a été prononcée, conformément à la loi des 7-14 octobre 1790 par voie administrative, c'est-à-dire par le Chef de l'Etat agissant comme supérieur hiérarchique.

On trouve d'autres exemples de ce contrôle hiérarchique dans la Constitution de 1791, titre III, chap. IV, sect. II, art. I^{er}.

Donc en France, il n'y a eu pur Etat administratif que sous la Révolution, quand les administrateurs étaient juges. Mais après la création du Conseil d'Etat, comme nous allons le voir, qui a exercé une justice retenue, il y a eu Etat administratif mitigé.

1. V. Constitution de 1791, *loc. cit.* art. I : « Il y a dans chaque département une administration supérieure et dans chaque district une administration subordonnée. » V. art. 6 : « Les administrateurs de département ont le droit d'annuler les actes des sous-administrateurs de district contraires aux arrêtés des administrateurs de département ou aux ordres que ces derniers leur auront donnés. » V. aussi l'art. 59 de la Constitution de l'an VIII qui consacre aussi ce principe de la hiérarchie administrative.

Mais même dans un Etat administratif, lorsqu'il s'agit des difficultés entre les chefs de l'administration et leurs subalternes relativement aux questions d'interprétation des lois où des règlements de service, ce sont les tribunaux judiciaires qui sont compétents.

Dans un Etat de Justice, au contraire, le contrôle de l'administration n'est plus exercé par elle-même, mais par les Tribunaux. Toutes les questions concernant l'administration dans un Etat de Justice sont soumises à un contrôle juridictionnel.

Mais pour que le système du contrôle juridictionnel de la légalité administrative, puisse exister pleinement et que l'Etat de droit puisse se trouver réalisé, il est indispensable qu'il y ait une juridiction administrative et que les citoyens soient armés d'une voie de droit spécial. Il faut qu'il y ait un recours spécial devant cette juridiction qui leur permette d'attaquer les actes étatiques qui sont illégaux, sans même violer leurs droits individuels; car le recours contentieux ordinaire suppose une violation d'un droit subjectif où d'une situation individuelle. Or, la question de la légalité peut être invoquée, même pour un simple intérêt.

Le droit français actuel a fait application de cette idée. Il a organisé d'une façon contentieuse la sanction du principe de l'Etat légal qu'il consacre. Il donne le contentieux de la légalité au Conseil d'Etat siégeant comme juridiction administrative en décidant dans l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872: «Le Conseil d'Etat statue souverainement sur le recours en matières contentieuses administratives et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives.»

Donc, tandis que dans d'autre Etats de droit, par exemple en Angleterre où en Roumanie, le contentieux administratif est confié aux tribunaux judiciaires¹, en France, qui

1. V. par exemple la Constitution roumaine du 29 mars 1923, son art. 107, et la loi sur le Contentieux administratif du 23 décembre 1925 art. 6, 7 et s., qui donnent cette compétence en matière de Contentieux administratif aux tri-

consacre le principe de l'Etat légal, on introduit à partir de l'an VIII, une justice administrative, ayant à son sommet le Conseil d'Etat, qui depuis la loi du 24 mai 1872, art. 9, devient une juridiction administrative de droit commun avec un pouvoir de décision propre.

Quant à la voie de droit, mise à la disposition des citoyens, pour se défendre contre les actes administratifs illégaux et l'arbitraire de l'administration, c'est le *Recours pour excès de pouvoir*, création jurisprudentielle.

Le recours pour excès de pouvoir, voie de droit objective, distincte du recours subjectif¹, ne vise que la légalité de l'acte administratif, et non son opportunité, comme l'a soutenu le Doyen Hauriou².

Nous pensons qu'avec toute l'extension que prendra le recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat ne pourra pas perdre son originalité, pour devenir juge de l'opportunité où de la moralité. Et si on entrait dans cette voie, ce se-

bunaux judiciaires, mais non pas à tous les tribunaux de toute hiérarchie, mais seulement aux Cours d'Appel du ressort du domicile de ceux qui ont à se plaindre de l'acte administratif, avec appel devant la Cour de Cassation. Bien que la Cour d'Appel, ou la Cour de Cassation puissent annuler ou réformer l'acte administratif attaqué, le Contentieux roumain n'est qu'un Contentieux subjectif, parce que l'action au Contentieux ne peut-être exercée que par la partie lésée dans ses droits nés et actuels et ayant comme but le rétablissement de la situation juridique individuelle violée.

1. V. sur la nature objective du recours pour excès de pouvoir : Duguit *Traité*, t. II, 2^e éd., p. 292 et 327; t. III, éd. 2, p. 718, t. I, 3^e éd., p. 423; t. II, 3^e éd., p. 495 et s. *Les transformations du droit public*, 1913, p. 182. *L'Etat*, p. 581. Hauriou, *Précis*, 10^e éd., p. 423. M. Jèze, *La notion de l'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, p. 201 et s.; Bonnard, *Précis*, p. 126 et 141; M. Marc Reglade, *Du prétendu contrôle de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*, R. D. P. 1925, p. 425; Daresté, *La justice administrative*, 2^e éd. p. 222; Jean Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, p. 23; Jel-linek, *System der subjectiven öffentlichen Rechts* 1892, p. 157 et s. C. d'E. : arrêt *Aicindor* du 1^{er} juin 1906, R. 906; Lafage, 8 mars 1912, S. 1913-3-1; M. Barthélemy J., *Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés*, soutient au contraire que le recours pour excès de pouvoir a à sa base un droit subjectif violé. V. aussi en ce sens Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, p. 305; Jacquelin, *Les principes dominants du Contentieux administratif*, p. 241 et 250; M. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, éd. 2, p. 137; M. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, p. 44.

2. V. Hauriou les notes sous les arrêts du C. d'E. du 31 janvier 1902, *Grazietti*, S. 1903-3-113; 11 mai 1917 *Martin*, S. 1917-3-26 *Précis*, 10^e éd., p. 459; M. Jèze, *Principes*, t. III, p. 3 et s., démontre très bien la distinction très nette qui existe entre le contrôle de l'opportunité et de la légalité.

rait la destruction même de la base du recours pour excès de pouvoir, qui est le principe de la légalité.

Nous verrons que ce recours s'adapte aux nécessités de la vie sociale des administrés, conservant toujours son caractère du contentieux objectif de la légalité. Nous ne pouvons pas croire et soutenir avec M. Alibert que le recours pour excès de pouvoir et le recours contentieux de pleine juridiction où subjectif, à l'occasion duquel le particulier invoque un droit violé, se confondront un jour¹.

Ce recours est le moyen le plus efficace accordé aux administrés, fonctionnaires et corporations de fonctionnaires, qui étaient autrefois soumis à l'arbitraire de l'administration, parfois dominée par des passions politiques: au moyen de ce recours, ils peuvent forcer l'administration à observer la légalité.

L'objet de cette étude est de préciser la jurisprudence du Conseil d'Etat et de démontrer l'esprit dans lequel cette jurisprudence a élargi sans cesse les conditions de recevabilité du recours en permettant à tout intéressé d'attaquer tous les actes administratifs objectifs accomplis en violation du droit écrit où non, ou faits en violation d'une situation légale où objective.

Ici, il faut dire que la jurisprudence du Conseil d'Etat a eu le grand tort, nous semble-t-il, de désigner, à la fois, par le même mot les conditions de recevabilité, et les cas d'ouverture, en décidant « que le recours pour excès de pouvoir est ouvert contre tous les actes administratifs d'autorité et de gestion ».

C'est, selon nous, une erreur de ne pas faire la distinction entre les deux termes, qui ont une signification et une portée différentes. Les conditions désignées par ces deux mots ne se confondent pas, mais se succèdent.

En ce qui concerne la question de recevabilité du recours, le Conseil d'Etat examine les conditions nécessaires pour

1. V. M. Alibert, *op. cit.* p. 44

qu'il puisse être saisi du recours. Si ces conditions sont réunies, le Conseil d'Etat déclare le recours recevable. Mais si ces conditions font défaut, le recours est irrecevable sans que le Conseil d'Etat puisse examiner l'affaire au fond. Une fois le recours déclaré recevable, c'est seulement à ce moment que le Conseil d'Etat peut aborder la deuxième question, qui est celle des cas d'ouverture ou de fondement du recours.

Le recours pour excès de pouvoir est donc un recours qui a pour but de faire respecter l'Etat légal par les autorités administratives.

Il ne peut être fondé que sur une violation de la légalité et il tend à l'annulation de l'acte.

C'est un recours administratif porté devant le *Conseil d'Etat, tribunal administratif de droit commun en France*.

De ce caractère du recours pour excès de pouvoir vont résulter les conséquences suivantes, au point de vue des actes contre lesquels il est recevable, ce qui est l'objet de notre étude :

1^o De ce, que *le recours pour excès de pouvoir est un recours en annulation*, il résulte qu'il ne peut être *dirigé que contre un acte juridique* et non contre les simples opérations matérielles. Mais pour que le recours pour excès de pouvoir soit recevable, il ne suffit pas qu'il y ait un acte juridique, il faut encore que cet acte soit *exécutoire*, c'est-à-dire susceptible de produire des effets de droit ou susceptible de faire grief. C'est encore ce que nous verrons dans notre premier chapitre.

2^o Mais tous les *actes juridiques exécutoires*, ne peuvent pas être attaqués par le recours pour excès de pouvoir. Pour que les actes juridiques exécutoires soient susceptibles de faire l'objet de ce recours, il faut qu'ils *émanent*, conformément à l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872, *d'une autorité*, ou d'un agent faisant partie de la hiérarchie *administrative*. Donc, par l'application de cet article, ne peuvent être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, que les actes *administratifs formels*.

En conséquence, le Conseil d'Etat *ne pourra pas déclarer recevable le recours formé contre des actes émanant des autorités ayant un caractère représentatif; ex.: les Actes des Chambres, et des autorités Parlementaires, les actes du Gouvernement agissant comme organe politique, ni les actes émanés des autorités judiciaires.*

C'est ce que nous étudierons dans nos deuxième et troisième chapitres.

3° Si, seuls, les actes juridiques exécutoires émanant des autorités administratives, peuvent faire l'objet de cette voie de droit, de là ne résulte pas que tous les actes administratifs formels sont susceptibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoir.

Etant donné que le *recours pour excès de pouvoir* est un *recours administratif objectif*, il résulte que ce recours qui tend à l'annulation de l'acte n'est recevable que contre les *actes administratifs formels objectifs* ou contre les *actes subjectifs unilatéraux* qui portent atteinte à une situation juridique objective, et pas contre tous les actes administratifs formels.

De là résulte, que ne seront susceptibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, que les actes à l'occasion desquels une question du droit objectif, de légalité, se pose. Seront donc susceptibles du recours, *les actes objectifs (actes règles, actes conditions)* et *les actes subjectifs unilatéraux lorsqu'ils portent atteinte à une situation juridique objective*; mais le recours ne sera jamais recevable contre un contrat, car la conformité d'un contrat à la légalité soulève toujours une question de droit subjectif, puisqu'il s'agit de savoir, en définitive, si une situation juridique subjective est née, et quelle en est l'étendue; la jurisprudence arrive au même résultat en disant qu'il y a dans ce cas un recours parallèle.

C'est ce que nous verrons dans notre quatrième chapitre.

CHAPITRE PREMIER

Le Recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre les décisions de l'administration, qui ont le caractère d'actes juridiques exécutoires.

Section I. Le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre les décisions de l'administration qui ont le caractère de l'acte juridique

§ 1. Les simples faits matériels.

Le recours pour excès de pouvoir étant un recours objectif, c'est-à-dire fondé sur une violation de la légalité qui tend à l'annulation de l'acte illégal, il ne peut donc être dirigé que contre un acte à caractère juridique. Or, l'annulation peut être seulement la sanction d'un acte juridique contraire au droit. On n'annule pas un fait purement matériel qui s'est réalisé et qui n'a rien de juridique. Avec la meilleure volonté, le Conseil d'Etat ne saurait arriver à annuler de simples agissements matériels. Si de tels faits sont contraires au droit, on conçoit seulement la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat ou de la responsabilité personnelle du fonctionnaire, auteur de l'agissement illégal, de la part de celui qui aura éprouvé un préjudice. Par exemple, sont des opérations matérielles contre lesquelles le recours pour excès de pouvoir ne sera pas recevable de toute évidence, la démolition d'un édifice, une distribution de lettres faite par un courrier, les cours et interrogations d'un professeur avec ses étudiants, une arrestation d'un individu par un agent de la force publique, ou une perqui-

isition faite par un gendarme, etc. Mais si le professeur, en faisant son cours, donne des conseils aux étudiants de s'élever contre l'ordre public, sa responsabilité personnelle pourra être engagée.

Très souvent, on a confondu la question de recevabilité du recours intenté contre un fait matériel avec la question du fait intervenant dans le recours pour excès de pouvoir comme moyen d'annulation¹. Or, ici, il ne s'agit plus d'un recours formé contre un fait, mais contre un acte juridique.

Le recours pour excès de pouvoir n'est donc recevable que contre les actes juridiques. Mais qu'est-ce qu'un *acte juridique*? C'est une déclaration de volonté à la suite de laquelle se produit un effet de droit, une situation juridique.

Il faut donc : 1° que l'acte attaqué soit une *déclaration de volonté*, c'est-à-dire, une décision de l'administration; 2° que cette décision *produise un effet de droit*, fasse naître une situation juridique, s'il n'en est pas ainsi, cette décision n'est pas un acte juridique, c'est une simple opération matérielle et le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable. Mais si ces principes sont certains, leur application a donné lieu à certaines difficultés que la jurisprudence du Conseil d'Etat a dû résoudre.

D'abord, on s'est demandé si une décision de l'administration doit être expresse ou s'il suffit qu'elle soit tacite, en conséquence, si le silence de l'administration peut être attaqué par le recours pour excès de pouvoir lorsqu'il produit un effet de droit, c'est-à-dire lorsqu'il peut être interprété comme une décision de rejet.

En second lieu, on s'est demandé si une décision qui a pour but de produire un effet de droit, mais qui n'en produit pas parce qu'elle contient une violation de la légalité trop grande, peut être attaquée par le recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire si un acte qui n'est pas seulement annulable, mais qui est inexistant peut être susceptible d'être attaqué par ce recours.

1. V. Chalvon-Demersay : *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*. Thèse Paris, 1922.

§ 2. Le silence de l'Administration

On a admis, pendant longtemps, la règle que le recours pour excès de pouvoir est irrecevable en cas de silence gardé par l'administration à cause du manque d'une décision administrative, condition indispensable pour la recevabilité du recours. Il est certain que le principe établi par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, qui prévoit, que le recours pour excès de pouvoir ne peut être déclaré recevable qu'à l'occasion d'un acte administratif formel, ou d'une décision administrative préalable, a été insuffisamment protecteur des droits des administrés, en ce qu'il ne les garantissait pas contre l'inaction de l'administration. Comme, avant 1881, le Contentieux ne pouvait être lié avec l'administration que par une décision, l'administration essayait de se soustraire au recours pour excès de pouvoir, en évitant de prendre une décision. Le particulier lésé par l'administration ne pouvait se pourvoir devant le Conseil d'Etat, que contre une décision préalable expresse ou implicite de l'administration, et s'il n'en avait une, il fallait qu'il en provoquât une. Or l'autorité administrative pouvait garder le silence indéfiniment, et empêcher par là le pourvoi devant le Conseil d'Etat. Le législateur a compris que la juridiction est la garantie des citoyens et quelle doit leur reconnaître, non seulement le respect de leur droit lésé par l'administration active, mais encore reconnaître qu'un justiciable a droit à l'action administrative et que les administrateurs, par leur négligence systématique, violent ce droit. C'est pour cela qu'il est intervenu et pour remédier à ce grave inconvénient on a assimilé le silence de l'administration à une décision implicite de rejet contre laquelle les parties sont admises à se pourvoir. Le décret du 2 novembre 1864, article 7, a admis d'abord que le silence gardé par un Ministre sur un recours hiérarchique formé contre l'acte d'un Préfet ou d'une autorité subordonnée au Ministre, serait assimilé

1. C. d'E. 24 juin 1881, *Bougard*, R. p. 158,

à une décision de rejet¹. Donc il ne prévoyait que le silence gardé par les Ministres et non par les autres autorités administratives (Préfet, Maire).

Le législateur, par la loi du 17 juillet 1900, article 3, apporte cette amélioration d'une façon générale pour toutes les autorités administratives en prévoyant que : « Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'Etat que sous la forme de recours contre une décision administrative, lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé, qu'il ne soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée, et se pourvoir devant le Conseil d'Etat. Si les pièces sont produites après le dépôt de la demande, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces. La date du dépôt de la réclamation et des pièces, s'il y a lieu, est constatée par un récépissé délivré conformément aux dispositions de l'article 5 du décret du 2 novembre 1864. A défaut de décision, ce récépissé doit, à peine de déchéance, être produit par les parties à l'appui de leur recours au Conseil d'Etat. Si l'autorité administrative est un corps délibérant les délais ci-dessus seront prorogés, s'il y a lieu, jusqu'à l'expiration de la première session légale qui suivra le dépôt de la demande ou des pièces. »

La jurisprudence du Conseil d'Etat, qui jadis déclarait irrévocable le recours dirigé contre un silence de l'administration, a admis depuis la loi de 1900 le recours pour excès de pouvoir intenté contre la décision implicite de rejet résultant du silence gardé pendant quatre mois par n'importe quelle autorité administrative². C'est dans ce sens que si le Ministre

1. V. décret 2 novembre 1864, art. 7 qui prévoit : « Lorsque les ministres statueront sur des recours contre les décisions d'autorités qui leur sont subordonnées, leurs décisions devront intervenir dans le délai de quatre mois, à dater de la réception de la réclamation. Après l'expiration de ce délai, s'il n'est intervenu aucune décision les parties peuvent considérer leur réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat »

2. V. C. d'E. 30 juin 1905, *département de la Mayenne*, R., p. 576, S. 1907-3-86; 4 août 1905, *Roux*, S. 1907-3-104; 24 juillet 1908, *Espagnol*, Rec. p. 811, où il fut décidé en les termes suivants : « Considérant, dit le C. d'E. que le sieur *Espagnol*, ne justifiait ni d'une décision par laquelle le Ministre des Travaux

saisi d'un recours contre une décision émanée d'une autorité qui lui est inférieure, est resté quatre mois sans répondre, le silence est égal à une décision de rejet¹.

Le Conseil d'Etat déclare le recours recevable, même contre un *ordre verbal*², contre l'*interdiction verbale* d'un bal³, ou contre une *révocation verbale*⁴.

En cas de silence de l'administration, le recours pour excès de pouvoir n'est pas enfermé dans le délai ordinaire de deux mois. Il peut être intenté à partir de l'expiration des quatre mois pendant un temps indéfini. Le Conseil d'Etat a jugé que dans ce cas il n'y avait aucun fait de notification pouvant servir de point de départ au délai⁵.

§ 3. Les actes inexistants

On entend par acte inexistant l'acte atteint d'irrégularité si flagrante qu'il est considéré comme n'ayant aucune valeur et comme s'il n'existait pas au point de vue juridique. Il y a une irrégularité qui rend l'acte inexistant lorsque l'un des éléments constitutifs indispensables à la formation de l'acte juridique fait défaut⁶.

Ainsi, il y a acte inexistant : a) Lorsqu'il n'y a pas seulement vice de forme, mais *absence totale des formes essentielles* ou que l'acte est fait par une personne totalement dépour-

Publics l'aurait admise, on aurait refusé de l'admettre à faire valoir ses droits à la retraite, ni d'une réclamation adressée au Ministre dans les conditions de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900, et restée sans réponse, et qu'il n'est pas recevable à demander directement au Conseil d'Etat la liquidation d'une pension de retraite. »

1. V. C. d'E. arrêts du 7 mai 1909, D. P. 1911-3-22; 23 juillet 1909, *Combret*, R. p. 728; 7 août 1909, *Baconel*, R. p. 822; 4 février 1910, 3^e et 7^e espèce, D. P. 1912-3-17; 24 janvier 1910, D. P. 1912-3-38 13, janvier 1922, *Coulon*, R. p. 34; 24 mars 1922, *Capron*, R. p. 262; 31 mars 1922, *C^{ie} des Messageries Maritimes*, R. p. 319 et 30 juillet 1926, D. H. 1926, R. p. 487.

2. C. d'E. 8 juillet 1900, *Bruant*, R. p. 565; il s'agissait d'un ordre verbal donné par un maire de sonner les cloches.

3. C. d'E. 2 août 1912, *Neveu-Roux*, R. p. 919.

4. C. d'E. 28 novembre 1913, *Cabo*, R. p. 1153.

5. C. d'E. 7 août 1905, *Ducreux*, S. 1906-3-129, D. P. 1906-3-47 et décisions citées par Hauriou : *Précis*, 11^e éd. p. 371, note 2.

6. Voir sur les éléments constitutifs de l'acte juridique Duguit : *Trailé*, t. 11, 3^e éd. p. 331 et s., M. Bonnard : *Précis*, p. 33 et s.,

vue de compétence et qui n'a pas le caractère d'agent public; exemple : mariage accompli par un maire dont l'élection est inexistante; b) Lorsqu'il n'y a pas seulement incompétence de l'agent administratif sans sortir du domaine administratif, mais qu'il a *empiété sur la compétence de l'autorité judiciaire (usurpation de pouvoir constituant un délit)*, par exemple : s'il ordonne une perquisition, une arrestation, une apposition de scellés; c) Lorsque l'agent agit non seulement dans un *but autre que celui que la loi avait prévu en lui donnant compétence (détournement de pouvoir)*, mais dans un but qu'aucun agent ne peut avoir, *un but de malice*, de vengeance personnelle, un but anticlérical (abus de pouvoir au sens précis); d) Lorsque l'acte de l'agent a pour *objet de commettre un délit*.

Dans tous ces cas, un acte n'existant pas, on devrait logiquement décider que le recours pour excès de pouvoir est irrecevable, puisqu'il n'y a aucun acte qui puisse être annulé.

a) Dans le cas par exemple où l'agent administratif fait un acte de la compétence des agents de l'ordre judiciaire, non seulement, il y a incompétence, mais aussi usurpation de pouvoir, l'acte est inexistant, l'autorité administrative n'a pas de raison d'intervenir pour annuler l'acte qui n'existe pas et qui ne peut produire aucun effet de droit. L'acte vicié par l'usurpation de pouvoir n'est pas seulement annulable, ou nul, il est inexistant. Seuls, les tribunaux judiciaires sont compétents pour constater le préjudice causé par l'agent à la victime et condamner l'agent pour les dommages causés par sa faute personnelle¹.

1. V. en ce sens Duguit : « Les agents de l'ordre administratif ne peuvent faire aucun des actes qui rentrent dans le domaine de l'ordre judiciaire, à moins que la loi leur donne formellement compétence à cet effet. Si, en dehors d'un texte formel un agent administratif faisait un des actes du domaine judiciaire, il commettrait une usurpation de pouvoir, son acte serait inexistant, il y aurait une voie de fait, entraînant sa responsabilité personnelle devant les tribunaux judiciaires. » *Traité*, t. III, 2^e éd., p. 30. Plus loin le même auteur s'exprime ainsi : « Il importe seulement que cette responsabilité personnelle de l'agent n'exclue point les voies du recours qui appartiennent à l'intéressé pour faire cesser la situation illégale qui est née de l'usurpation de pouvoir. Mais il n'a pas besoin d'invoquer une voie de nullité devant les tribunaux administratifs, l'acte étant inexistant, l'intéressé aura les voies de choix portées devant les tribunaux judiciaires : *Traité* t. I, 3^e éd., p. 716.

La jurisprudence au début de son évolution, et pendant longtemps, s'est prononcée en ce sens. Pas d'actes juridiques, pas de recours possible¹.

b) *Exemple d'absence totale des formes essentielles.* — La théorie de l'acte inexistant est exposée dans les conclusions du commissaire du gouvernement Marguerie, à l'occasion de l'affaire *Brissy*, où il s'agissait d'un refus de réintégration dans l'ordre de la Légion d'honneur par le Président de la République. Cet acte n'avait pas été contresigné par le Ministre de la Justice, alors que le chef de l'Etat ne peut prendre aucune décision sans la formalité du contre-seing. Le fait que le Garde des Sceaux avait déclaré accepter la légalité de la décision lorsque le pourvoi lui fut communiqué, ne suffisait pas à donner au refus de réintégration la qualité d'acte administratif.

c) *Exemple d'acte accompli par une personne totalement dépourvue de la compétence pour faire l'acte.* — Dans l'affaire *Mimieux*, le Conseil d'Etat a déclaré que le refus de pension signé par le chef de cabinet, au lieu du Ministre, ne constitue pas une décision susceptible d'être déférée par la voie contentieuse et il rejette le recours porté devant lui, comme non recevable et comme n'ayant pas été formé contre un acte administratif².

De même ne constitue pas un acte juridique susceptible d'être attaqué par le recours pour excès de pouvoir un refus

1. V. C. d'E. arrêt *Brissy* du 13 mai 1881, Rec. p. 493 avec conclusions Marguerie où il a été décidé que : « une autorité ne peut agir seule si la loi déclare que sa décision doit résulter de la délibération d'une assemblée déterminée, il est alors nécessaire que cet accord se soit produit dans certaines conditions d'unité de temps, avant qu'un caractère définitif ait été imprimé à l'acte lui-même.. sinon la décision prise est empreinte d'un vice radical, aucune ratification ultérieure ne peut détruire cette nullité originale. » C. d'E. 30 mars 1906, *Dame Segui*, R. p. 266, décide qu'il n'y a pas d'acte lorsque l'autorité administrative empiète sur l'autorité voisine.

2. V. C. d'E. : 21 février 1890, *Mimieux*, R. p. 201, où la jurisprudence s'exprime en termes suivants : « ... car il n'appartient pas aux Ministres de déléguer, hors des cas prévus par la loi, aucune partie du droit de décision dont ils sont investis, il suit de là que la lettre... ne constitue pas une décision susceptible d'être déférée à la juridiction contentieuse. »

de pension signé par le directeur du personnel¹. La jurisprudence de la haute juridiction administrative déclare qu'il y a acte inexistant au cas d'empiètement d'une autorité administrative sur une juridiction. C'est en ce sens que le Conseil d'Etat s'est prononcé dans l'affaire *Adam*, où il a décidé que la dépêche par laquelle le Ministre de la Guerre répond à un intéressé qu'il n'a pas droit à la dispense du service militaire, ne constitue pas un acte juridique, mais une simple prétention qu'il est impossible d'annuler, car les Conseils de révision prennent seuls des décisions sur ce point². La jurisprudence décide que sont des actes inexistantes les actes accomplis par un individu irrégulièrement investi de la fonction publique. C'est ainsi que les actes faits par un usurpateur de fonctions, c'est-à-dire par celui qui occupe une fonction sans aucune investiture, de même que les actes d'un fonctionnaire de fait sans apparence d'une investiture régulière ou les actes d'un fonctionnaire de fait accomplis dans une période anormale sous un Gouvernement insurrectionnel, sont des actes inexistants contre lesquels le recours pour excès de pouvoir est irrecevable³.

Cette solution de la jurisprudence a été parfaitement logique et en conformité avec l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, avec le seul inconvénient qu'elle ne fait pas nettement la distinction entre les actes nuls et les actes inexistants.

Certains auteurs enseignent qu'entre l'acte inexistant et la nullité absolue, il n'y a aucune différence et que ces deux

1. V. arrêt C. d'E. du 26 juin 1891 : M. le Commissaire du Gouvernement Romieu développe la même idée dans ses conclusions relatives à l'affaire *Mogamburg* du 2 décembre 1892, R. 836, en concluant en termes suivants : « Si vous pensez que le sous-secrétaire d'Etat n'a pas de pouvoir propre, que le Ministre seul avait le droit de statuer, la décision attaquée n'a aucune valeur par elle-même, ce n'est qu'un acte d'instruction qui ne peut porter atteinte aux droits du réclamant, et ne l'empêche pas de se pourvoir auprès du Ministre compétent. Dès lors la requête dirigée contre un acte qui ne serait pas une décision proprement dite, devrait être écartée comme non recevable. »

2. V. C. d'E. arrêt *Adam* du 30 juin 1893, et 15 mars 1901 *Deschamps*.

3. V. en ce sens arrêt *Brissy* précité; Cas. re. 27 novembre 1871, *Crédit Foncier*, S. 1873-1-259, où il fut décidé que la perception d'un impôt par un usurpateur est un délit et que le délinquant sera puni conformément à l'art. 258 du Code pénal. V. aussi la même solution, Cass. 27 novembre 1873, *C^{ie} des chemins de fer de Paris-Orléans*, S. 1873-1-262. V. M. Jèze, *Principes*, 2^e éd. t. I, p. 443

sont bien prêts d'être synonymes. Ils fondent leurs théories sur la théorie des Romains, où l'expression *nullum est* signifie à la fois l'acte nul ou acte inexistant. En droit et en fait, entre ces catégories d'actes, il y a une très grande différence. Tandis que les actes nuls produisent des effets de droit, et que l'intervention du juge est nécessaire pour faire anéantir les effets qu'ils produisent sur les parties, à l'occasion d'un acte inexistant, au contraire l'intervention du juge n'est plus nécessaire, car toute autorité publique doit lui refuser la sanction; elle doit constater son inexistence légale, et faire cesser, s'il y a lieu, les mesures d'exécution prises en vertu de l'acte inexistant.

Cependant la jurisprudence de la Cour de Cassation, qui pendant longtemps a ignoré, de même que le Conseil d'Etat, cette distinction rationnelle entre les actes nuls et de nullité absolue et les actes inexistants, semble s'être enfin attachée à cette distinction¹.

Nous n'avons pas l'intention de construire une théorie de nullités, ni même de toucher à ce problème si délicat, ni de comparer les actes inexistants avec d'autres actes irréguliers².

Mais, si la solution de la jurisprudence donnée en ce qui concerne les actes inexistants était logique, elle n'était pas pratique; c'est pourquoi le Conseil d'Etat a fini par abandonner sa jurisprudence et aujourd'hui il déclare recevable le recours intenté contre les actes inexistants et les traite comme des actes nuls.

La raison qui a déterminé le Conseil d'Etat à changer son attitude antérieure a été, d'abord, la crainte qu'en déclarant le recours formé contre un acte inexistant de non recevable puisse conclure qu'il admet la régularité et la validité de l'acte. D'autre part, par le fait qu'il rejetait le recours

1. V. Cass. req. 30 décembre 1902, S. 1903-1-257, note de M. Teissier.

2. V. sur cette question, Duguit : *Traité*, t. III, 2^e éd., p. 30 et 711, t. II, 3^e éd., p. 381; Laferrière, *op. cit.* 2^e éd., t. I, p. 478; Bonnard : *Précis*, p. 130; Japiot : *Des nullités en matière d'actes juridiques; essai d'une théorie nouvelle*, p. 26 et 536.

pour excès de pouvoir formé contre les actes inexistants, il s'interdisait d'apprécier leur légalité¹. C'est pourquoi, à l'heure actuelle, le Conseil d'Etat déclare le recours formé contre les actes inexistants recevable, l'examine à fond et proclame cette inexistence. Tel est le cas d'une révocation d'un sapeur-pompier par la subdivision réunie en Assemblée générale. Dans un tel cas, le Conseil d'Etat a décidé que : « ... Cette prétendue décision de révocation prononcée par une autorité manifestement incompétente n'est prévue par aucune disposition législative ou réglementaire, et qu'il y a lieu d'en prononcer l'annulation² ». La jurisprudence du Conseil d'Etat ne rejette pas le recours intenté contre les actes inexistants, même dans les cas où il s'agit d'une absence d'incompétence totale et flagrante³.

Dans l'affaire *Naudel*, où il s'agissait de la radiation d'un sapeur-pompier d'une société de secours mutuels par l'Assemblée générale de la Compagnie de sapeurs-pompiers, le sapeur-pompier forma un recours pour excès de pouvoir contre la décision de radiation qui ne rentrait pas dans la compétence administrative de l'Assemblée, étant donné que la société de secours mutuels formée par des pompiers n'est pas une organisation administrative. Le Conseil d'Etat, tout en reconnaissant l'absence de compétence absolue, déclare le recours recevable dans les termes suivants : « La délibération susvisée doit être regardée comme inopérante et par suite le requérant est fondé à revendiquer le droit de faire partie de la Compagnie de sapeurs-pompiers ». Ces termes impliquent la recevabilité du recours. Le Conseil d'Etat ordonne, en conséquence, le renvoi de l'intéressé devant le ministre de l'Intérieur pour être inscrit de nouveau

1. M. Bonnard constate que : « Le C. d'E. a fini par trouver que cette déclaration d'irrecevabilité était susceptible de créer une équivoque, car elle pouvait être interprétée comme comportant une confirmation de l'acte attaqué. » *Précis*, p. 130.

2. V. C. d'E. 10 janvier 1908, *Legouez*, R. p. 9.

3. Arrêt C. d'E., *Naudel*, 20 janvier 1911, R. p. 52.

sur le contrôle de sa compagnie. Cette jurisprudence fut confirmée par d'autres arrêts ultérieurs¹.

Cette jurisprudence, si elle ne s'expliquait pas par les raisons pratiques que nous avons indiquées, pourrait paraître en contradiction avec celle du Tribunal des conflits.

En effet, le Tribunal des conflits, dans plusieurs décisions², et notamment à l'occasion de l'affaire *abbé Piment*, où il s'agissait de l'ordre donné par un maire de sonner les cloches d'une église catholique, pour un enterrement civil, ordre qui constituait un acte inexistant, a consacré la théorie d'usurpation de pouvoir avec la responsabilité personnelle de l'agent coupable. Un tel acte déferé au Conseil d'Etat a pu être annulé³.

Il nous semble qu'il serait préférable pour le Conseil d'Etat de revenir à sa pratique antérieure et de rejeter le recours contre les actes inexistants. Il nous paraît qu'il a admis le recours contre ces actes en violation de la loi servant de base à ce recours (art. 9, l. 1872), puisque cette loi exige l'existence d'un acte.

Certainement, on pourra très bien nous demander, si le recours n'est pas recevable contre les actes inexistants, quels seront les moyens légaux qu'on va reconnaître, et dont les citoyens pourront user comme sanction contre ces différentes illégalités? Nous répondrons avec Duguit⁴ et Chavegrin⁵, que, à côté du contentieux de la réparation, c'est la résistance passive ou défensive qui va prendre son rôle

1 C. d'E. arrêts du 17 février 1911, *C¹° dép. pour l'éclairage au gaz*, R. p. 321; 29 mars 1912, *Neuilly-Plaisance*, R. 446; conclusions de M. Pichat; 22 juin 1915, *Bouhey*, R. 495; 29 juin 1917, *Abbé Didier*, R. 494; 28 juillet 1918, *Gillot*, 887.

2. Tribunal des conflits, 4 février 1914, *Mignon*; 22 avril 1910, *Abbé Piment*, R. 324.

3. C. d'E. 8 juillet 1910, *Abbé Bruand*.

4. Duguit : *Traité*, t. III, 2^e éd., chap. VI, § 101, p. 745 et s.

5. Chaveyrin note sous l'arrêt de la Cour de Cassation criminelle du 2 janvier 1903; S. 1904-1-57, qui admet l'emploi de la résistance défensive comme légitime : « En un mot, dit Chavegrin, la nécessité d'une discipline nationale ne doit pas faire méconnaître le besoin de garanties pour les individus, et il y a des cas extrêmes où ces garanties pour les individus comportent l'emploi de la violence. » V. Garraud : *Droit Pénal*, 3^e éd. 1914, t. II, p. 36, Cass. 2 novembre 1902, 2 janvier 1903, S. 1904-1-57.

légitime. Par cela nous n'admettons pas que chacun s'arroe le pouvoir de se faire justice à lui-même, mais les citoyens qui se défendent contre les actes d'usurpateurs, par exemple les arrestations, les réquisitions illégales, ne font que défendre leurs droits de liberté et de propriété violés; la violence en ces cas nous paraît licite.

Section II. — Le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre les actes juridiques exécutoires.

Pour qu'un acte puisse être susceptible d'être attaqué par le recours pour excès de pouvoir, il ne suffit pas qu'il soit *un acte juridique*. Il faut encore que *cel acte juridique soit exécutoire*, c'est-à-dire susceptible de produire des effets de droit.

Nous entendons par acte juridique exécutoire, l'acte qui est susceptible d'une exécution ou d'une application, parce qu'il vient apporter une modification dans la situation juridique existante. C'est pourquoi le Conseil d'Etat estime, très justement, que les faits matériels ou les simples opérations administratives ne peuvent être annulés par ce moyen, car ils ne constituent ni des actes juridiques, ni des décisions susceptibles de faire grief, ne produisant pas d'effets de droit, ils sont donc insusceptibles d'exécution.

Nous distinguerons parmi les opérations administratives, ou décisions non exécutoires, contre lesquelles le recours est déclaré irrecevable, outre les faits matériels dont nous avons parlé ci-dessus : les *ordres de service*, les *instructions* et les *circulaires*, ou les *misés en demeure*, les *avis*, *enquêtes*, *simples délibérations ou projets non approuvés*, *simples pré-tentions*, *décisions confirmatives d'une décision antérieure* et d'autres *mesures préparatoires ou d'exécution*.

Ces actes ne sont pas susceptibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoir parce qu'ils ne créent pas

une situation juridique ou n'ajoutent rien à une situation existante; ils préparent une décision ou en réalisent une, mais ils n'en constituent pas une.

Sont d'abord dans ce cas des ordres de service, les circulaires, les instructions par voie individuelle, les instructions par voie générale qu'on désigne sous le nom spécial de circulaires.

§ 1. Les instructions individuelles et les circulaires

Les fonctionnaires supérieurs ont l'obligation de veiller au bon fonctionnement des services publics. Pour cela ils doivent surveiller et diriger les fonctionnaires inférieurs employés sous leurs ordres pour éviter leurs maladroites ou leurs défaillances. C'est au moyen des ordres ou instructions qu'ils réalisent cette surveillance et cette direction. Nous entendons par *ordres ou instructions de service* des directives envoyées aux fonctionnaires inférieurs par leurs supérieurs. Lorsque ces instructions sont adressées non pas individuellement à un fonctionnaire déterminé, mais par voie générale à toute une catégorie de fonctionnaires, elles portent le nom de *circulaires*. Les instructions individuelles et les circulaires viennent rappeler les lois et les interpréter, sans y rien ajouter, et elles servent comme guide pour l'application des lois et règlements dans l'exercice de la fonction. Le principe est que le recours est irrecevable contre les circulaires ou instructions, parce qu'elles viennent rappeler l'application ou donner des conseils ou des directives sur cette application, sans produire effet de droit, c'est-à-dire sans modifier les situations juridiques existantes. Cependant, nous verrons que la jurisprudence n'ignore pas complètement ces actes.

Les questions que nous posons en cette matière pour les résoudre, sont de savoir :

a) *Quelle est la vraie nature des instructions et des circulaires? c'est-à-dire, l'instruction constitue-t-elle un acte administratif susceptible du recours en annulation?*

b) *Le recours peut-il être intenté directement contre les instructions, ou bien seulement contre les actes qui sont faits pour leur exécution?*

c) *La violation d'une instruction ou d'une circulaire peut-elle donner lieu à un tel recours, au même titre que la violation d'une loi ou d'un règlement?*

a) En ce qui concerne la question de savoir si *les circulaires sont des actes juridiques ou des règlements* le problème est très discuté, tant par la jurisprudence que par la doctrine.

La jurisprudence du Conseil d'Etat déclarait autrefois, que les circulaires ne sont pas des actes juridiques, ni des décisions administratives, qu'il faut attendre qu'une décision postérieure intervienne pour faire application de celles-ci, et qu'enfin cette décision est seule susceptible de recours. Aujourd'hui la même jurisprudence soutient qu'il y a deux sortes de circulaires. Les unes sont de simples ordres ou indications adressés par une autorité supérieure à ses subordonnés, destinés à interpréter les lois et les règlements d'une certaine façon et qui sont sans valeur juridique. Les autres, au contraire, sont de véritables règlements et sont susceptibles, par conséquent, de faire grief à des individus. Le Conseil d'Etat n'admet le recours des particuliers que dans ce dernier cas. Il rejette le recours contre les circulaires de la première catégorie.

La vérité est qu'en cette question la jurisprudence n'est pas encore arrivée à une solution ferme et précise. Elle reste très flottante.

La majorité de la doctrine, au contraire, déclare avec beaucoup de raison, que les circulaires ne sont jamais des actes juridiques, ou décisions administratives. Notamment le Doyen Léon Duguit s'élève contre l'affirmation que l'instruction de service est un acte juridique en s'exprimant en ces termes : « On est d'unanime accord, que les circulaires, les ordres individuels, pas plus que les instructions et les ordres par voie générale des fonctionnaires supérieurs même émanant des Ministres, n'ont aucune valeur juridique et ne

sont pas des actes ayant le caractère juridique : ce sont de simples opérations matérielles qui par elles-mêmes ne produisent aucun effet de droit, mais à l'occasion desquelles peut être engagée la responsabilité de l'Etat ou celle de l'agent ». Etant donné que les circulaires même émanant des Ministres, n'ont aucune valeur juridique, le savant doyen conclut que deux conséquences résultent de cela : « 1° Le recours pour excès de pouvoir n'est point recevable contre les circulaires; 2° Le recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte administratif ne peut être fondé sur cet acte administratif, qui viole une disposition d'une instruction par voie générale¹ ». M. Jèze est du même avis en écrivant que : « 1° Contre l'instruction de service, on ne peut pas former directement de recours pour excès de pouvoir; 2° La violation d'une instruction n'est pas une cause de nullité de l'acte² ».

D'autres auteurs soutiennent, à tort, que les circulaires seraient de véritables actes administratifs³.

Nous sommes d'avis qu'ou bien l'acte intitulé circulaire est une véritable indication sans aucune valeur juridique, donc ce n'est pas un acte juridique, ou bien l'acte qualifié injustement de circulaire est un acte réglementaire émanant d'une autorité ayant pouvoir réglementaire, fait sous la forme d'instruction par voie générale et, comme tel, soumis au régime juridique des règlements. Mais il n'est jamais correct de dire qu'une circulaire sera parfois un véritable règlement; c'est justement le contraire; c'est un règlement qui parfois est faussement intitulé circulaire ou instruction de service.

Mais si les circulaires et instructions n'ont pas de valeur

1. V. Duguit : *Traité*, t. II, 2° éd., p. 273 et 276 et s., et 3° éd., t. II, chap. II, § 26, p. 358 et s.

2. M. Jèze : *Principes*, 3° éd., t. III, p. 67 et s., et M. Bonnard : *Précis*, p. 245 et s.

3. V. en ce sens -, Grelat : *L'essai d'une théorie juridique de l'instruction de service*. Thèse Nancy, 1909, p. 111 et M. J.-J. Chevallier : *L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir*. Thèse Nancy, 1924, p. 127 et s.

juridique pour les particuliers, elles revêtent nettement le caractère d'un ordre impératif pour les fonctionnaires inférieurs auxquels elles s'adressent. Elles créent pour eux un devoir strict d'obéissance.

Ainsi le Conseil d'Etat déclare en général recevable le recours des fonctionnaires contre les circulaires, parce que ces actes lorsqu'ils sont illégaux sont presque toujours susceptibles de faire grief ainsi que nous le verrons plus loin.

b) Etant donné que les circulaires ou les instructions ne sont pas des actes juridiques, il n'y a pas de doute que le recours pour excès de pouvoir ne pourra être déclaré recevable, contre elles, ni contre les actes accomplis en leur exécution¹.

La jurisprudence du Conseil d'Etat, au début, a rejeté le recours pour excès de pouvoir intenté directement contre les circulaires ou instructions, comme ne faisant pas grief². Elle déclare qu'il fallait attendre qu'une décision véritable, postérieure à la circulaire, soit prise en faisant application de celle-ci et qu'elle pouvait être seule attaquée. Puis, la haute juridiction a admis, que, sous le nom d'une circulaire pouvait se cacher un véritable acte, où une décision réglementaire susceptible de faire grief, et aujourd'hui elle admet qu'on lui défère directement cette circulaire réglementaire. En particulier beaucoup de circulaires, qui n'ont pas de valeur juridique à l'égard des particuliers, ont au contraire un caractère obligatoire pour les fonctionnaires et peuvent être considérées comme de véritables règlements à leur égard. En conséquence, le Conseil d'Etat admet, en principe, le recours des fonctionnaires, formé contre les circulaires-règlements, qui portent modification à leur statut³. C'est

1. V. Léon Duguit : *Traité*, t. II, 2^e éd., p. 276 et s.

2. V. en ce sens les arrêts du C. d'E. du 7 juillet 1905, *Vittoriani*, R. p. 611 ; 7 juillet 1905, R. p. 609 ; *Olivier*, 15 décembre 1905, 22 juin 1906, *Menar* R. p. 216. V. les arrêts cités par M. Chevallier, *op. cit.* p. 21 et s.

3. V. les arrêts : 18 janvier 1907, *Champion*, R. p. 41 ; 15 novembre 1907 *Poirier*, R. p. 820 ; 22 juillet 1910 *Fédel* et autres, R. p. 620. S. 1913-3-23 ; 3 février 1911, *Rossi*, R. p. 125, S. 1913-3-94 ; 4 août 1913, *Desplas*, R. p. 196 ; 30 janvier 1914, *Decornus*, R. p. 99 ; 6 août 1915, *De Levio*, R. p. 291, S. 1921-3-83 ; 24 novembre 1916, *Fabre*, R. p. 479 ; 22 novembre 1917, *Bastien*, R.

ainsi que le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Fédel*, déclare le recours dirigé contre l'instruction par laquelle le Ministre de l'Instruction Publique avait chargé les professeurs de l'enseignement secondaire de surveiller les récréations d'interclasse, comme recevable, parce qu'elles constituent une décision imposant une obligation à la charge des professeurs.

Cette jurisprudence fut confirmée par d'autres arrêts ultérieurs¹. Le Conseil d'Etat déclare le recours d'une *Association générale des rédacteurs des P. T. T.*, formé contre une simple circulaire du sous-secrétaire d'Etat, réglant les conditions de nomination de ses membres à certains emplois, recevable².

Dans l'affaire *Roux*, le Conseil d'Etat admet non seulement, qu'une circulaire réglementaire portant atteinte à la situation légale des fonctionnaires, est susceptible d'être attaquée par le recours pour excès de pouvoir, mais il admet le recours même contre une décision contenue dans cette circulaire ministérielle relative au statut des fonctionnaires d'Alsace et Lorraine et l'annule, pour la raison qu'elle exclut certains fonctionnaires de l'incorporation dans les cadres des administrations générales, prescrit par la loi du 22 juillet 1923, en s'exprimant dans les termes suivants :

« Considérant dès lors que la décision contenue dans la circulaire du Ministre de la Justice et du Ministre des Finances en date du 8 mars 1924 et d'après laquelle « les fonction-

p. 746; 19 avril 1918, *Madon*, R. p. 351; où il a décidé dans les termes suivants : « Considérant que les instructions adressées par l'inspecteur d'Académie du Var à l'inspecteur primaire de Toulon, au sujet de l'admission des élèves à l'école publique de garçons de la Valette de Var, donnent au maire le droit d'exclure de cette école en cours d'année les élèves venus d'une commune voisine, et les élèves d'origine italienne; qu'elle constitue donc une véritable décision; qu'ainsi le maire est recevable à déférer celle-ci au C. d'E. »

1. V. C. d'E. 27 décembre 1918, *Legrand*, R. 1161; 21 février, 1919, *Record*, R. 171; 19 mai 1922, *Sarneu*, R. 437, où il admet le recours d'un gendarme, formé contre une instruction du Ministre de la Guerre, réduisant le service de celui-ci. V. les arrêts : 3 novembre 1922, *Association des fonction.-Minist. col.* R. 785.

2. C. d'E. 10 novembre 1922, *Association des fonction. des Postes, Télégraphes et Téléphones*, S. 1925-3-53, D. P. 1925-3-4. V. en ce sens C. d'E. 5 décembre 1923, *Monnier*, R. 785; 28 novembre 1923, *Rollot*, D. H. 192-4-32, 1^{re} espèce; 19 avril 1924, *Thiébaux*, R. 404.

naires des administrations générales, qui sans cesser d'appartenir à ces administrations, ont été appelés à servir dans le Bas-Rhin, le Haut-Rhin ou dans la Moselle, seront maintenus, ou le cas échéant, placés rétroactivement sous le régime général de la loi du 30 décembre 1913, et se trouveront ainsi exclus de la mesure générale d'incorporation prévue par l'Art. I de la loi du 22 juillet 1923, a méconnu le sens et la portée de cette disposition législative: que les requérants sont fondés à en demander l'annulation : art. 1. La décision contenue dans la circulaire du Ministre de la Justice et du ministre des Finances, en date du 8 mars 1924, et d'après laquelle « des fonctionnaires des administrations générales, qui, sans cesser d'appartenir à ces administrations ont été appelés à servir dans le Haut-Rhin, et le Bas-Rhin ou la Moselle seront maintenus, le cas échéant, placés rétroactivement sous le régime général de l'art. 33 de la loi du 30 décembre 1913, est annulé¹. »

Or dans tous ces cas, il ne s'agissait pas d'une circulaire proprement dite, mais d'un texte qui réglait l'état des fonctionnaires, et qui constitue pour eux un acte réglementaire produisant des effets de droit relatif à leur statut, et par là susceptibles de recours, tandis que les mêmes circulaires pour les particuliers ne produisent aucun effet de droit, mais sont de véritables mesures d'ordre intérieur préparant des décisions que prendront les autorités subordonnées, il en résulte que le recours n'est pas recevable de la part des particuliers.

Cela a été la jurisprudence du Conseil d'Etat depuis plusieurs années, jurisprudence qui aujourd'hui s'affirme davantage².

A l'occasion de l'arrêt, *Dlle Noël*, le Conseil d'Etat rejette le recours intenté contre une circulaire ministérielle du 11 juillet 1922, prescrivant aux agents du Trésor d'opérer une

1. V. C. d'E. *Roux* et autres, 22 janvier 1926, D. H., 1926-136, 2^e espèce D. P. 1926-3-25.

2. V. les arrêts du C. d'E. du 16 janvier 1880, *Fabrique d'Astloffs*; 15 mars 1901, D. P. 1902-3-63; 7 juillet 1905, *Borel* s. 609; 10 décembre 1909, S. 1913-3-75; 28 décembre 1917, *Steiner*, R. 866, *Deloze*, 29 oct. 1920, R. 900,

retenue représentant le montant du timbre quittance apposé lors du paiement des arrérages. Une obligataire, la *Dlle Noël*, prétendant qu'elle n'avait pas à supporter cette retenue, formait un recours en demandant d'une part la restitution des frais de timbre qu'elle avait déboursés, d'autre part, l'annulation de la circulaire précitée. Le Conseil d'Etat rejeta la demande de la requérante dans les termes ci-dessous¹. D'autres circulaires qui ne sont pas des règlements, mais de véritables circulaires, ne sont susceptibles d'être attaquées par aucun recours, ni par les fonctionnaires, ni par les particuliers, mais le Conseil d'Etat décide qu'il faut attendre une décision ultérieure faisant application de cette circulaire qui pourra être attaquée².

Dans son arrêt *Belkacem, Bentami, Deham* et autres, le Conseil d'Etat rejette le recours pour excès de pouvoir d'un particulier tendant à annuler une circulaire du Ministre de l'Intérieur en date du 8 août 1924, relative à l'admission des travailleurs indigènes algériens dans la métropole.

Dans cette affaire, le Commissaire du Gouvernement, M. Cahen Salvador, conclut, pour ce qui concerne les instructions du Ministre de l'Intérieur, qu'elles ne sont pas des règlements, parce que ledit Ministre n'a pas pour l'Algérie pouvoir réglementaire, et que s'il avait ce pouvoir, ces actes pris par lui sur des matières de sa compétence seraient de véritables règlements et non des instructions et comme tels seraient susceptibles de recours pour excès de pouvoir³.

1. 26 mai 1922, *Demoiselle Noël*, D. H. 1925-3-45. « Considérant que cette circulaire ne constitue pas un acte d'ordre réglementaire de nature à être déféré au C. d'E. par recours pour excès de pouvoir et qu'elle ne fait obstacle à ce que la Demoiselle Noël, si elle se croit fondée, poursuive le remboursement de ces frais de timbres. »

2. V. C. d'E. arrêts du 24 mai 1901, *Delabuc*, R. 499; 6 février 1912 *Lagel*, R. 147; 21 novembre 1919, *Autier*, R. 846; 9 janvier 1920, *Agombard*, R. 13; 5 mars 1920, *Devarenne*, R. p. 242.

3. V. arrêt 18 juin 1926, sieurs *Belkacem, Bentami, Deham* et autres, D. H. 1926-3-78, S. 1927-3-58, conclusions Cahen Salvador, qui s'exprime : « Considérant que le Ministre de l'Intérieur ne possède à l'égard de l'Algérie aucun droit de réglementation, que, s'il avait, par les instructions susvisées, entendu prendre des décisions exécutoires, les dites décisions devraient être annulées pour incompétence. Mais considérant que le Ministre de l'Intérieur se borne

Il nous semble qu'aujourd'hui la jurisprudence du Conseil d'Etat a admis, en principe, le recours des particuliers, formé contre les règlements intitulés « circulaires », qui portent atteinte à leur statut personnel: de même qu'elle l'admet pour les fonctionnaires¹.

Mais l'évolution de cette jurisprudence va plus loin en permettant aux fonctionnaires et aux particuliers de se défendre non seulement contre les règlements appelés circulaires, mais aussi contre les actes faits en leur exécution². C'est ainsi que dans son arrêt *Bentami*, précité, le Conseil d'Etat décide, en ce qui concerne les circulaires du Gouverneur général d'Algérie, prises en exécution d'une circulaire du Ministre de l'Intérieur en date du 8 août 1924, que : « Les circulaires susvisées du Gouverneur général de l'Algérie, en date des 15 et 19 septembre, 19 et 28 novembre 1924, et ensemble des arrêtés des Préfets d'Alger et de Constantine, pris pour l'exécution des dites circulaires, sont annulés ».

C) En ce qui concerne la question de savoir si l'acte accompli en violation d'une circulaire est susceptible d'être attaqué par le recours pour excès de pouvoir, il n'y a pas de discussion possible. L'acte fait en violation d'une indication sans aucune valeur juridique sera valable et non susceptible de recours³. Mais si la dite circulaire est en réalité un règlement portant le titre de circulaire, le recours sera recevable de même qu'il l'est contre tous les actes faits en violation d'un règlement quelconque.

à prescrire au Gouverneur général de l'Algérie de prendre ou de faire prendre les mesures qu'il estimait nécessaires, qu'ainsi il n'a pris personnellement aucune décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872, et que les conclusions dirigées contre les instructions susvisées doivent par suite être rejetées comme non recevables. »

1. V. les arrêts : *Dame Maître*, 9 mars 1906, R. 218; 24 mars 1922, *Chambre syndicale des fabricants d'eaux gazeuses de Paris*, R. 256; 28 juin 1926, *Bentami* précité.

2. V. en ce sens l'arrêt *Boilet*, 30 juillet 1915; R. 255; 18 juillet 1926, *Bentami*, précité.

3. V. Duguit, R. D. P. 1906, *loc. cit.* et *Traité*, t. II, 2^e éd., p. 277; M. Jèze, R. D. P. 1906, p. 276 et *Principes*, t. III, 3^e éd., *loc. cit.* Bonnard : *Précis*, p. 248.

La jurisprudence du Conseil d'Etat admet le recours des fonctionnaires fait contre l'acte accompli en violation d'une circulaire, qui prend à l'égard du corps des fonctionnaires auxquels elles s'applique, la valeur de violation d'un règlement ou d'une loi¹. Mais, si le requérant, est un tiers à l'administration, le Conseil d'Etat déclare ce recours irrecevable².

Nous sommes d'avis que la haute juridiction administrative devra admettre tout recours juridictionnel, soit des fonctionnaires, soit des particuliers, aussi bien contre l'acte réglementaire, appelé circulaire, que contre les actes pris en son exécution. Jusqu'à présent le Conseil d'Etat laisse en principe le particulier sans action contre un acte fait en violation d'une circulaire et qui porte atteinte à son statut personnel.

Le Conseil d'Etat, en admettant le recours pour excès de pouvoir, contre les règlements intitulés circulaires, ne fait que mieux protéger les agents inférieurs contre l'arbitraire et les illégalités des supérieurs.

§ 2. Les mises en demeure

En ce qui concerne les simples mises en demeure, lorsqu'elles ne sont que des actes par lesquels l'autorité compétente ne fait que rappeler aux administrés les lois et règlements en vigueur, et leurs sanctions, le Conseil d'Etat, par l'application de la théorie de la décision exécutoire, les a déclarées insusceptibles de recours pour excès de pouvoir, parce que ces décisions ne font pas un nouveau grief³.

1. C. d'E. 2 août 1907, *Morand-Monteil*, R. 753; 30 avril 1909, *C^{no} de St-Mimmie*; 6 août 1909, *Rageot*, S. 1911-3-81, il s'agissait d'un tableau d'avancement fait en violation d'une simple circulaire réglementaire de 1906. V. 3 avril 1914, *Digard*, R. 441; 19 avril 1918, *Madon*, R. 351; 30 avril 1920, *Marty* R. 103; V. aussi Hauriou note S. 1913-3-105 arrêt *Moigne*; V. M. Jèze : *Principes*, 3^e éd., t. III, p. 67 et s.; en sens contraire, l'arrêt du C. d'E. de 1921, *Jerenne*, R. p. 66.

2. C. d'E. *Cochet d'Haitecourt*, 22 février 1918, S. 1921-3-9, la note de Hauriou, Rec. p. 176; Rollat, précité.

3. V. C. d'E. 4 mai 1900, *Commune de Verlhacquescon*, S. 1902-3-83, R. 301, 19 décembre 1902, *Gossoin* S. 1903-3-9; 20 juin 1903. *Lebas*, S. 1905-3-154.

C'est ainsi qu'à l'occasion du recours formé contre une dépêche d'un Préfet par laquelle il informait la directrice d'un établissement congréganiste que dans un délai de huit jours elle devait se retirer au siège de sa congrégation et fermer cet établissement sous peine d'y être contrainte par les voies légales, le Conseil d'Etat déclare que la dépêche sus-visée, ne constituait pas une décision pouvant faire grief et comme telle, insusceptible de recours¹.

Dans son arrêt *Renaut et consorts*, le Conseil d'Etat a décidé que la mise en demeure, par laquelle le Préfet invite les riverains à cesser leurs empiètements sur les alignements, ne constitue pas une décision faisant un nouveau grief, en conséquence le recours n'est pas possible².

La haute juridiction a décidé qu'un dépêche ministérielle par laquelle le Ministre de l'Instruction publique refuse d'admettre qu'un directeur d'école primaire privée continue à employer comme adjointe une institutrice qui n'est pas sa parente en ligne directe, tant que le Conseil départemental ne l'aurait pas autorisée, et que la mise en demeure de l'inspecteur d'Académie invitant le directeur à se séparer de son adjointe, ne comportent pas par elles-mêmes de sanction. La sanction appartenait, en vertu de l'article 41 de la loi de 1886, au Conseil départemental de l'enseignement primaire, et, par suite, ces actes ne faisant pas grief au requérant, celui-ci n'est pas recevable à les déférer au Conseil d'Etat statuant au Contentieux³. Mais il s'est aperçu qu'il y a de nombreuses mises en demeure qui font grief, par le fait qu'elles imposent un délai (de mise en demeure), et pour cette raison ces mises en demeure constituant de véritables déci-

1. 22 avri 1904, *de St-Mauris*; 18 février 1914, *Consorts Lehideux*, R. p. 50.

2. C. d'E., *Consorts Renaut*, 6 août 1915, Rec. 297. V. aussi en ce sens les arrêts du C. d'E. *Renaut et Costet*, 4 janvier 1918, Rec. 7 (2 arrêts). « Si l'admission du sieur R. à faire valoir ses droits à la retraite n'a pas été précédée de la mise en demeure prévue par l'article 250 de l'instruction ministérielle du 10 février 1908, laquelle a seulement pour objet de permettre à l'officier de demander lui-même sa mise à la retraite, s'il a jugé opportun, cette circonstance n'est pas de nature à entacher d'illégalité le décret attaqué. »

3. C. d'E. 7 mai 1924, *Beaujard*, S. 1926-3-47.

sions et faisant grief aux droits des particuliers, il déclare le recours pour excès de pouvoir recevable. Il a jugé en ce sens, dans l'affaire *Commune de Craon*, où un Préfet prétendait obliger la Commune de Craon à construire et à acquérir un immeuble pour une école, et mettait en demeure le Conseil Municipal de choisir à cet effet un emplacement et un architecte. Le Conseil d'Etat a décidé: « Considérant, que l'arrêté attaqué ne constitue pas une simple mise en demeure et que dans les termes où il est formulé, il faisait dès à présent grief à la commune requérante, que dès lors celle-ci est recevable à les déférer au Conseil d'Etat »¹.

Est susceptible d'être attaquée par une commune, la dépêche par laquelle le Préfet met le Conseil Municipal en demeure de louer à bail le presbytère communal ou d'évacuer un presbytère sous peine d'expulsion administrative². Il en est de même pour la mise en demeure adressée par le Préfet à une supérieure de congrégation, à l'effet de lui supprimer les services d'enseignement existant dans son établissement³; pour les mises en demeure adressées aux Communes d'avoir à voter des crédits⁴; pour les mises en demeure de mandater des dépenses⁵.

§ 3. Les autres mesures préparatoires et confirmatives.

Occupons-nous maintenant des diverses formalités publiques qui précèdent des décisions et des actes préparatoires d'un acte exécutoire (les divers avis, dépêches, ordres d'enquête, ou enquêtes, délibérations non approuvées, les projets de réformes) et les décisions confirmatives d'une décision antérieure, les affirmations des simples prétentions etc...

1. V. C. d'E. 22 juin 1916, R. 542, S. 1908-3-145.

2. V. C. d'E. *Commune d'Evillers*, 9 juillet 1909, R. 644, S. 1911-3-33; 22 avril 1910 *Commune de Villards-sur-Thônes*, R. 383, S. 1913-3-33; 22 avril 1910, *Commune de St-Aubin-Epinay*, S. 1911-3-38; 30 décembre 1910, *Fusy*.

3. C. d'E. arrêt 13 mai 1913, *Dames Sacré-Cœur*, R. 588.

4. V. C. d'E. arrêts du 26 mars 1915, *Commune de Paujac*, R. 102.

5. 26 novembre 1915, *Commune de Conture-sur-Droï*, R. 328; 11 août 1916, *Héry, maire de Bressuire*, R. p. 381 (3^e esp.).

Toutes ces mesures préparatoires et confirmatives ne sont ni des actes juridiques ni des décisions susceptibles de faire grief ou de produire des effets de droit par elles-mêmes, car elles ne modifient pas des situations anciennes, mais elles font pressentir ou confirment les décisions et c'est pour cette raison qu'elles ne sont pas susceptibles d'être attaquées par le recours pour excès de pouvoir.

C'est ainsi que la haute juridiction administrative a rejeté le recours dirigé contre les *dépêches* adressées par un Ministre à l'un de ses collègues pour formuler un *avis* sur l'interprétation d'un texte législatif, comme non susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat en motivant que le Ministre n'a aucun pouvoir d'interprétation des textes législatifs et que tout avis, donné par lui sur un texte, est sans valeur¹.

Le Conseil d'Etat a décidé à l'occasion de l'arrêt de l'*Association des médecins* que les délibérations d'un Conseil général de la Commission départementale, consultée sur la suppression d'un poste de médecin chef des asiles publics d'aliénés, par le Ministre de l'Hygiène, revêtent le caractère de *simples avis* consultatifs. Et que le recours intenté contre ces délibérations est irrecevable.

De même fut décidé qu'une dépêche par laquelle le Ministre de l'Intérieur fait connaître à un Préfet son avis sur une question relative aux frais d'entretien d'un malade hospitalisé, ne constitue pas une décision susceptible d'être attaquée par la voie contentieuse².

Dans l'affaire *Dame Mazas*, le Conseil d'Etat décide qu'une lettre par laquelle l'inspecteur de l'assistance publique émet l'avis que, l'état de ressources d'une postulante, ne justifie pas son admission à l'assistance aux vieillards, ne constitue pas une décision susceptible de recours³.

1. V. arrêts C. d'E. 7 mai 1897, *Commune de Baïna*, R. 343; 2 décembre 1910, *Commune de St-Malo* et 17 mars 1911, *Mourlet*, R. 360; V. arrêts du 16 décembre 1927, *Association des médecins des Etablissements publics d'aliénés de France*, S. 1928-3-84.

2. C. d'E., 14 mai 1915, S. 1921-3-44.

3. « Considérant, dit le C. d'E., que l'acte attaqué de l'inspecteur de l'Assistance Publique du département de l'arn-et-Garonne agissant dans les limites

Cependant il a été admis par le Conseil d'Etat, qu'une décision peut résulter d'un simple avis inséré dans les journaux, notamment un avis annonçant la visite des employés de l'hygiène, à l'effet de dresser le casier sanitaire¹.

A l'occasion de l'arrêt *Chavegrand*², le Conseil d'Etat a décidé que les *ordres d'enquête*, de même que les enquêtes, ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir. La même solution fut donnée en matière de simples délibérations ou projets.

Le Conseil d'Etat déclare irrecevable, le recours intenté contre les *délibérations et décisions* émanant d'autorités administratives, qui ne peuvent être mises en exécution qu'après avoir reçu l'approbation d'une loi ou d'une autorité supérieure³. C'est ainsi que le Conseil d'Etat, dans l'affaire de la *Commune d'Anan*, rejette le recours contre les délibérations par lesquelles le Conseil départemental de l'enseignement primaire émet des avis sur les constructions d'écoles, comme n'ayant aucune valeur juridique⁴. La même solution fut donnée à l'occasion d'un recours dirigé contre de *simples projets* de liquidation établis par le gouverneur général d'Algérie et qu'il se proposait de soumettre au ministre compétent⁵, ou contre un simple projet d'alignement, lesquels, déclare le Conseil d'Etat, ne sont susceptibles de recours qu'après leur approbation, et quand à ce moment ils sont devenus exécutoires⁶.

de ses attributions a émis l'avis que l'état des ressources de la dame Veuve Mazas ne justifiait pas l'admission au bénéfice de la loi du 14 juillet 1905 qui lui avait été accordé par le Conseil Municipal de Campsas; que cet avis qui ne pouvait avoir, et qui n'a pas eu en réalité pour effet de priver la requérante de l'allocation d'assistance, ne faisait pas d'autre part obstacle à ce qu'elle poursuivît, le cas échéant, sur rétablissement sur la liste d'assistance devant la commission cantonale et la commission centrale, seules compétentes pour statuer à cet égard; qu'ainsi il ne constituait pas une décision pouvant préjudicier à ces droits et susceptible d'être déferé au C. d'E. par l'application des lois des 7-14 octobre et 24 mai 1872. » Arrêt *dame Mazas*, C. d'E. 4 août 1916, R. 352.

1. C. d'E., 17 janvier, *Amilhan*, R. 46.

2. V. 31 octobre 1913, *Chavegrand*, R. p. 1040.

3. 30 avril 1898, *Dieuleveult*, R. p. 342.

4. 15 novembre 1912, *Commune d'Anan*, R. 1066, et 29 novembre 1912, *Charleton*, R. 1128.

5. 20 mars 1912, *Combredet*, R. 395.

6. Arrêt C. d'E., 9 juillet 1920, *Société des tonnelleres lorraines*, R. p. 685.

Le recours n'est pas non plus admissible contre les *décisions purement et simplement confirmatives d'une décision antérieure*, parce qu'elles sont considérées comme ne faisant pas un nouveau grief¹.

Le Conseil d'Etat est seulement d'avis que la décision confirmative d'une décision antérieure peut être contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir à l'occasion d'un recours intenté contre la décision antérieure et dans le délai du recours à partir de cette dernière, mais quelle ne l'est pas autrement².

Aujourd'hui, il semble que le Conseil d'Etat vienne de changer d'attitude, en admettant le recours contre les décisions confirmatives³.

La fixation du rang d'ancienneté pour un officier, bien qu'elle ne soit qu'un élément de préparation des décisions relatives à l'avancement, peut être déferée au Conseil d'Etat sans qu'il soit besoin d'attendre les nominations qui en seront les conséquences⁴. Ici, il s'agit d'une série d'actes administratifs distincts où chaque acte préparatoire est un acte administratif susceptible de recours, et non d'un acte juridique complexe, où seul l'acte principal peut être attaqué par recours.

Le Conseil d'Etat dans son arrêt *Association Amicale du personnel de la Banque de France*, déclare que les lettres adressées par le Gouverneur de la Banque de France à l'Association Amicale du personnel annonçant qu'à l'avenir il ne nommerait aux emplois supérieurs que des agents qui renonceraient à faire partie de l'Association, ne constituaient pas une décision susceptible d'être attaquée et annulée en recours pour excès de pouvoir. Il rejette le recours intenté par l'Association, bien que ces lettres constituassent une

1. V. C. d'E. 10 novembre 1899 D. P. 1901-3-9; 19 avril 1907, D. P. 1908-3-103.

2. V. C. d'E. 21 juillet 1916, *Espagnol*, R. p. 314 (2^e esp.).

3. V. arrêts : 12 janvier 1917, *Marchelli*; 22 fév. 1918, *Commune de Sernhac*

4. V. C. d'E. 30 novembre 1900; *Viaud*, dit *Pierre Loti*, S. et P. 1903; 323 30 novembre 1900; *Savigny* S. 1903-3-23.

violation du droit d'Association et fissent grief aux requérants, candidats aux grades supérieurs, membres non démissionnaires de l'Amicale. Il nous semble, que le Conseil d'Etat aurait dû déclarer le recours recevable et examiner l'affaire au fond. C'est bien une décision susceptible de faire grief.

§ 4. Les décisions d'inscription sur un tableau d'avancement

Pendant longtemps, il a été soutenu, tant par la jurisprudence que par la doctrine, que la décision d'inscription sur un tableau d'avancement était une opération matérielle complexe, une mesure préparatoire non exécutoire, et par conséquent non susceptible d'être attaquée par le voie du recours pour excès de pouvoir.

Mais on s'est aperçu que l'on confondait deux choses distinctes : les opérations matérielles administratives complexes qui forment un tout avec l'acte principal sans constituer une série d'actes administratifs, et l'acte administratif complexe qui se compose de plusieurs actes administratifs préparatoires qui sont distincts de l'acte principal, de sorte que chacun est susceptible d'être annulé par recours. Les opérations matérielles ne peuvent être annulées; seul l'acte principal peut faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question, dans notre dernier chapitre, section IV.

La jurisprudence, de même que la doctrine, ont changé leur point de vue en voyant que cet acte peut faire grief, que l'inscription sur le tableau d'avancement est un acte juridique administratif conditionnant la création d'une situation juridique nouvelle, ou la modification d'une ancienne et comme tel déclare le recours recevable contre elle.

Nous trouvons, comme point de départ, en cette question, l'arrêt de *la Taste* du 15 décembre 1905¹, et comme arrêt de

1. Arrêt du C. d'E. du 15 décembre 1905, de *la Taste*, R. 940 et S. 1907-3-143.

principe et de base, le fameux arrêt *Alcindor* du 27 novembre 1908¹.

Dans l'affaire de *la Taste* il s'agissait du lieutenant de vaisseau de la Taste, inscrit au tableau d'avancement au choix, qui avait demandé au Gouvernement d'annuler pour excès de pouvoir une décision par laquelle le Ministre de la Marine avait inscrit d'office au tableau annuel d'avancement pour le grade de capitaine de frégate, un de ses officiers d'ordonnance. L'administration contestait la recevabilité du recours en soutenant qu'il fallait attendre la nomination pour que le grief fût établi, parce qu'il ne suffit pas qu'on se croie menacé par une décision éventuelle, il faut qu'on soit réellement touché par une décision actuelle². Le Conseil d'Etat, décide que l'inscription sur un tableau d'avancement n'est pas une simple mesure préparatoire, non susceptible de faire grief mais au contraire que c'est une décision exécutoire susceptible de faire grief; elle est la condition essentielle de toute promotion au choix, un acte administratif condition, susceptible d'être attaqué directement par le recours pour excès de pouvoir.

Jusqu'à cet arrêt, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à contrôler la légalité des nominations faites en violation des règles sur l'avancement, et il avait affirmé, que le rang d'ancienneté faisait partie de l'état d'officier, et que seule la décision du Ministre peut être attaquée. Ainsi la recevabilité du recours pour excès de pouvoir au sujet du tableau d'avancement a d'abord été admise pour les officiers. Mais comme le tableau d'avancement au choix existe non seulement pour les services militaires, dont l'inscription sur ce tableau est la condition de la promotion au choix, mais aussi pour certains autres services publics, le Conseil d'Etat fut amené à appliquer la même théorie aux fonctionnaires civils³. Dans l'ar-

1. *Alcindor*, 27 novembre 1908, R. 973, S. 1911-3-27.

2. V. dans le même sens M. Laferrière, *op. cit.* 2^e éd., t. II. p. 427.

3. V. C. d'E. arrêts : *Alcindor*, 27 novembre 1908, R. p. 973 et 22 avril 1910, *Bein*, R. p. 327.

rêt *Alcindor* où il s'agissait d'un recours formé par un rédacteur sieur Alcindor contre l'inscription au tableau d'avancement d'un rédacteur du Ministre de l'Intérieur pour le grade de sous-chef de bureau, le Conseil d'Etat annule non seulement l'acte préparatoire, la décision de l'inscription sur le tableau d'avancement, mais aussi l'acte principal, la nomination, c'est-à-dire que l'annulation de l'acte préalable entraînerait la nullité de l'acte principal. Par ces décisions, le Conseil d'Etat non seulement a élargi le domaine du recours pour excès de pouvoir, accordant de plus grandes garanties aux administrés contre l'arbitraire de l'administration, mais aussi il a accordé aux fonctionnaires dignes d'intérêt une arme pour lutter contre le favoritisme imposé par des considérations politiques.

CHAPITRE II

Le Recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable contre les actes émanant des autorités qui ont un caractère représentatif.

Pour que le recours pour excès de pouvoir soit recevable, il faut, nous avons dit, un acte juridique qui soit en même temps une décision exécutoire. Mais tous les actes juridiques exécutoires ne sont pas susceptibles d'être attaqués par cette voie de droit.

Pour que les actes juridiques soient susceptibles du recours pour excès de pouvoir, il faut qu'ils émanent d'une autorité administrative, l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872 l'exige expressément. Donc, ne peuvent faire l'objet d'un pareil recours les actes émanés des autorités auxquelles la loi n'a pas donné caractère formel d'autorités administratives. Cela comprend :

1° *Les actes des autorités qui d'après la Constitution ont le caractère d'autorités représentatives, à savoir : le Parlement (la Chambre des Députés et le Sénat) et le Gouvernement; lorsqu'il agit en tant qu'organe politique.*

Nous étudierons ce premier point dans le présent chapitre.

2° *Les actes des autorités auxquels la loi a donné le caractère formel d'autorité judiciaire. Ce point fera l'objet de notre troisième chapitre.*

SECTION I. — LES ACTES EMANES DES CHAMBRES ET DES AUTORITES PARLEMENTAIRES.

Les Chambres prennent deux espèces de dispositions :

1° *Les lois formelles et matérielles à la fois*, c'est-à-dire toutes les dispositions votées par les deux Chambres dans les mêmes termes et promulguées par le Président de la République.

Cela comprend : a) *des dispositions par voie générale et abstraite, les lois à la fois matérielles et formelles.*

b) *Des dispositions individuelles et concrètes, lois simplement formelles, actes administratifs matériels en forme de lois.*

2° *Les résolutions*, c'est-à-dire, toutes les dispositions votées par une seule Chambre et qui ne sont pas promulguées. Tous ces différents actes, à raison de leur caractère formel, sont insusceptibles du recours. Elles ont pour sanction simplement la responsabilité matérielle.

Il n'y a pas de difficultés en ce qui concerne les actes législatifs à la fois matériels et formels; ils n'ont à aucun point de vue le caractère d'acte administratif, alors que l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872 exige, pour que le recours soit recevable, qu'il s'agisse d'un acte administratif formel et ayant un caractère objectif.

Mais comme les lois ne sont que des actes administratifs objectifs matériels, on pourrait concevoir pour eux l'existence d'un contrôle analogue à celui qui existe pour les règlements, à savoir l'exception d'inconstitutionnalité et le recours en annulation qui pourrait être le recours pour excès de pouvoir, si la loi du 24 mai 1872, art. 9, n'exigeait la condition d'un acte administratif formel.

On assimile aux actes d'autorités qui font partie de l'organe parlementaire et qui ont un pouvoir de décision propre au point de vue de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir les actes du *Président de la Chambre des Députés, et du Sénat, d'une commission d'enquête*, les différents actes

de la procédure parlementaire pour la confection des lois formelles et parmi eux l'acte de promulgation.

C'est ce que nous allons étudier dans la présente section.

§ 1. Les lois à la fois formelles et matérielles

Le contrôle des actes législatifs, au moyen du recours pour excès de pouvoir implique la résolution des deux questions :

1^o Il faut savoir, si le recours pour excès de pouvoir est recevable contre les actes législatifs pour cause d'inconstitutionnalité ou illégalités?

2^o Si dans l'état actuel du droit positif français cette voie de droit n'est pas encore admise contre ces actes, la question qui va se poser est de savoir quel contrôle pourra être exercé sur ces actes? Est-ce qu'il n'est pas possible d'élargir la recevabilité du recours à cet égard? Cela est-il dans l'esprit de ce recours? Et enfin quelle sera l'autorité qui pourra être chargée de juger sur ce recours? Sera-t-il opportun de faire du Conseil d'Etat le juge de la légalité des lois, ou sera-t-il mieux de créer et d'organiser une juridiction spéciale?

1) La recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes législatifs, dépend uniquement du caractère formel de l'acte et non de sa nature interne. C'est pourquoi, pour résoudre la question de la recevabilité du recours contre les actes législatifs, il faut faire la distinction entre la loi formelle et la loi matérielle, distinction aujourd'hui admise par la jurisprudence, la législation et par la majorité de la doctrine française et étrangère¹.

1. En France, ce fut Duguit (*Traité*, t. I, 2^e éd., p. 132 t. II, p. 140 et 145, t. I, éd. 3, p. 12), en Allemagne Laband (*Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5^e éd., 1911, t. II, p. 1 et 61); qui ont achevé de consolider et de faire prévaloir dans la littérature de leur pays cette théorie dualiste. V. aussi Esmein *op. cit.* 8^e éd. p. 438 et s.; Arthur, *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, R. D. P. 1906, t. XIII, p. 224; Laferrière, *Traité*, t. II, éd. 2, p. 3 et s.; M. Jèze, *Principes* t. I, 3^e éd. p. 28 Moreau, *op. cit.* p. 44; Barthélemy et Duez, *op. cit.* p. 559 et 592;

En Allemagne, Laband, *op. cit. loc. cit.* et éd. fr., t. II, p. 346 et 353; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 226 et 254. Kelsen : *Allgemeine Staatslehre*, p. 231 et s.; V. en sens contraire M. Carré de Malberg : *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, p. 274, qui avec Otto Mayer, *op. cit.*, éd. fr., t. I, p. 90, qui se re-

On entend par loi matérielle, toute disposition ayant en soi la nature de règle de droit générale quelle qu'en soit l'origine, la source (qu'elle émane de l'organe législatif ou exécutif) et sous quelque aspect qu'elle se présente extérieurement; tandis que la loi formelle, c'est toute disposition votée en termes identiques par les deux Chambres, après avoir délibéré séparément, et promulguée par le Président de la République, quel que soit son contenu.

Dans le droit public français, il n'y a pas un organe unique qui ait le monopole de la législation; les actes législatifs émanent d'autorités variées : la Constituante, le Parlement, le Président de la République, les Ministres, Préfets, Maires, etc. En s'attachant à l'auteur de l'acte on peut distinguer parmi les actes législatifs deux groupes formant une hiérarchie à deux degrés. a) Les lois constitutionnelles, élaborées par l'Assemblée Nationale composée des deux Chambres réunies et siégeant à Versailles, qui forme l'organe constituant; b) Les lois ordinaires, élaborées et votées par les deux Chambres, délibérant séparément et siégeant à Paris. Donc, la différence entre les lois ordinaires et les lois constitutionnelles est purement formelle.

Cette différence se réduit, en France, seulement à un organe et à une procédure spéciales. Au point de vue matériel, les deux catégories de lois ont la même nature intrinsèque, c'est-à-dire elles sont des dispositions par voies générales sanctionnées. Seulement, au point de vue formel, elles émanent des deux autorités législatives différentes¹.

fusent de reconnaître cette distinction dualiste, en contestant avec Herman Heller et Max Wenzel, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. Archiv. O. R. N. F.*, t. 13, p. 110, la valeur rationnelle de cette distinction.

1. La possibilité d'une définition juridique matérielle de la constitution est niée expressément par la majorité des auteurs français. V. Duguit : *Traité*, t. I, éd. 2 p. 529 et s., t. III, p. 639 et s.; Hauriou : *Précis de droit constitutionnel*, p. 267; M. Carré de Malberg, *op. cit.* t. I, p. 23, t. II, p. 464; Barthelemy et Duez, *op. cit.* p. 187 et s. et par la *Constitut. allemande de Weimar* qui dans les art. 67 et 68 prévoit que seule la différence du scrutin constitue la différence entre les lois ord. et les lois const. votées par les mêmes organes et la même procédure) (normale ou référendum populaire) seulement avec la différence de scrutin de deux tiers de majorité ou majorité absolue). En *Allemagne, Autriche, Tchécoslovaquie, Roumanie* (l. const. du 29 mars 1928, art. 129 et s. *R. D. P.* 1924, p. 271

En tenant compte de cette distinction dualiste, qui a une haute utilité pratique, et par conséquent du caractère formel de l'acte législatif, il faut dire que le recours pour excès de pouvoir n'est pas admis par l'application de la loi des 7-14 octobre 1790 et la loi du 24 mai 1872, contre les actes émanant des autorités législatives. Aucun recours n'est possible, non seulement contre la loi formelle proprement dite, (œuvre de l'organe législatif), mais aussi contre les lois constitutionnelles, qui sont comme nous avons dit des dispositions par voie générale émanant de l'Assemblée Nationale.

Les lois constitutionnelles ont une suprématie politique et juridique, sur les lois proprement dites, qui assure un renforcement de la légalité, et une certaine stabilité du régime politique, mais qui n'entraîne pas du tout une immuabilité absolue de lois constitutionnelles. Il n'existe pas et ne peut pas exister de règles de droit juridiquement immuables, irrévocables; on ne peut pas empêcher la modification d'une règle, mais simplement la rendre plus difficile, lui assurer une stabilité accrue, mais non une stabilité définitive. Il est absurde de soutenir qu'on peut cristalliser définitivement dans un texte législatif l'état politique et social. Les droits des nations ont été proclamés en vain, et si on ne reconnaît au peuple le pouvoir qui lui appartient de modifier, de rectifier sa Constitution, de la détruire même, de changer la forme de son gouvernement et d'en créer un autre; et si une Assemblée Constituante établit un pareil principe, contraire à la nature des choses, il restera lettre morte, constituant un simple vœu politique adressé aux successeurs, ou bien la révolution changera la vanité de cette œuvre¹.

en Yougoslavie (l. const. 15 juin 1921, art. 125 et s.), il y a un organe constituant distinct du pouvoir législatif ordinaire. C'est le Parlement qui exerce cette fonction, mais suivant des formes spéciales. En Angleterre et Italie, il n'y a pas de lois constitutionnelles rigides, il n'y a que des lois ordinaires.

1. V. toutes les constitutions des Empires et Monarchies absolues d'avant-guerre, Allemagne, Autriche, Russie, Turquie, et constitution grecque, du 16 novembre 1864, révisée le 24 mars 1911; en France l'art. 8 de la const. du 25 février 1875 révisée en 1884, qui consacre le principe que : « La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision. »

On a soutenu que le recours pour excès de pouvoir est irrecevable contre les actes émanant des autorités législatives à raison d'une prétendue souveraineté parlementaire, et du principe de la séparation des pouvoirs.

Certains auteurs prétendent que les lois sont l'expression de la volonté du législateur, représentant de la volonté de la nation souveraine¹, d'autres qu'elles sont l'expression de la volonté de l'Etat²; donc elles ne peuvent être contrôlées.

Cette explication de la loi est insuffisante et fausse, tant au point de vue pratique, qu'au point de vue de la technique juridique. Nous ne discuterons pas la question de la souveraineté nationale, dogme indémontré et indémontrable, inutile et dangereux pour la liberté de l'Etat et aujourd'hui à peu près complètement abandonné³.

Mais la loi n'est pas l'expression d'une volonté générale, qui n'est qu'un mythe⁴. Elle n'est pas non plus l'expression de la volonté de tous, ou une création de l'Etat. L'Etat législateur est subordonné à une règle de droit supérieure à lui, qu'il ne crée pas et qu'il ne peut pas violer.

« Je dis, au contraire, écrit Léon Duguit, et plus j'avance en âge et plus j'affirme énergiquement que le droit existe comme règle impérative au-dessus et indépendamment de l'Etat, que la règle de droit est une création spontanée du

La constitution roumaine du 23 mars 1923 art. 85 qui prévoit que « aucune modification ne peut-être faite à la constitution pendant la durée de la régence ».

1. Rousseau, *op. cit.* liv. II, chap. VI; Esmein, *op. cit.*, 8^e éd. rev. par Nézard t. I, p. 294 et s.; M. Laferrière, *op. cit.* t. II, p. 186; Teissier, *op. cit.* p. 19; Jacquelin, *op. cit.* p. 293, Hauriou : *Précis*, 11^e éd., p. 459 et *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., p. 442; Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, p. 28.

2. Seydel, *Grundzüge einer Allgemeine Staatslehre*, 1873, p. 14 et s.; Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 57; Jhering, *Der Zweck im Rechte*, t. I, p. 311.

3. V. Duguit, *Trailé*, t. I, 2^e éd., p. 242 et s., qui dit que « le prétendu dogme de la souveraineté nationale hypothèse gratuite et postulat inutile », et t. I, 3^e éd., p. 581, et t. II, 3^e éd., p. 12 et s.; M. Reglade, *La coutume en droit public interne*, p. 10 et s.

4. V. Duguit, *Trailé*, t. II, 2^e éd., p. 36, *Le droit social, le droit individuel, et les transformations de l'Etat*, 3^e éd., p. 51 et s. V. en ce sens M. G. Jèze, *Le dogme de la volonté nationale et la technique politique*, R. D. P., 1927, p. 165 à 176.

milieu social de la conscience individuelle, qu'elle s'applique telle quelle à tous les individus, aussi bien aux gouvernants qu'aux gouvernés. La règle de droit n'est pas une création arbitraire de l'Etat¹. »

Au contraire, la loi est l'acte par lequel une autorité légitimement constituée exerce une compétence, la compétence législative conférée par le peuple à l'Assemblée Constituante et par la Constitution au Parlement. La loi ordinaire, en particulier en France, est l'expression de la volonté de la majorité des Députés et des Sénateurs composant le Parlement.

Rien dans la nature juridique de la loi proprement dite ou de la loi constitutionnelle ne répugne à l'existence d'un recours et annulation à forme juridictionnelle. Etant donné que les lois, soit ordinaires soit constitutionnelles, sont des actes d'application et de consécration d'une norme supérieure, elles peuvent être irrégulières; la loi ordinaire par rapport à la Constitution, la loi constitutionnelle par rapport au droit objectif supérieur ou à la règle de droit idéale, de même que le contrôle de l'acte administratif par rapport à la loi s'impose de même que le contrôle de la légalité des actes législatifs par rapport au droit supérieur. La loi peut n'être point l'expression du droit.

Norme juridique et loi, droit objectif supérieur et droit législatif ne coïncident pas toujours parfaitement. Car le législateur ne crée pas le droit, il ne fait pas la règle de droit, elle existe comme règle impérative au-dessus et indépendamment de lui et de l'Etat, mais il la constate simplement. L'intervention du législateur est impuissante à donner à une règle le caractère de norme juridique, si elle ne l'a déjà par elle-même. La loi qui n'est pas conforme à une règle n'est pas obligatoire, et si elle oblige les citoyens, c'est qu'elle est conforme à la règle de droit qu'elle exprime et met en œuvre. De sorte que, logiquement, rien ne s'oppose à ce qu'un recours analogue au recours pour excès de pouvoir soit appliqué à la loi formelle.

1. Duguit, *Traité*, t. II, 2^e éd., p. 90, et t. II, 3^e éd., p. 103.

Les mêmes raisons qui justifient le recours contre l'illégalité des actes administratifs, postulent aussi l'existence du recours contre l'inconstitutionnalité ou illégalité des lois.

Quoique le droit public français consacre largement l'idée de légalité, ni le recours pour excès de pouvoir, ni un contrôle juridictionnel quelconque par voie d'action ou exception n'existe, dans l'état actuel du droit positif français, contre les actes législatifs.

M. Berthélemy constate aussi que les actes législatifs ne peuvent faire l'objet d'aucun recours de la part des citoyens et que la Constitution n'a institué aucune autorité qui soit capable d'en apprécier la validité et de les annuler, en disant que le respect par les lois, des règles que l'Etat a pu s'imposer pour borner sa puissance, n'a d'autres garanties « que la bonne volonté du législateur¹ ».

Or, le bon vouloir de l'autorité législative est un facteur qui, en tant qu'il s'agit de lier cette autorité, est dénué de valeur juridique. Certains auteurs ont suggéré qu'on pourrait songer à organiser le contrôle de la légalité constitutionnelle, à l'intérieur des Assemblées législatives elles-mêmes, c'est-à-dire par une garantie politique de la Constitution, en permettant à une minorité de demander un vote à une majorité spéciale sur la question de savoir si telle loi ne devrait pas être elle-même votée à une majorité spéciale. D'autres ont soutenu qu'on pourrait donner cette compétence de contrôler la légalité de la loi et de l'annuler, à l'organe Constituant et le faire juge de la légalité des lois ordinaires. L'auteur de la Constitution doit être aussi le gardien de la légalité constitutionnelle. Mais ce serait toujours un organe politique et non judiciaire. Il est puéril de soutenir qu'il faut donner cette compétence au Parlement lui-même pris comme organe législatif ordinaire, que c'est l'organe

1. V. M. Berthélemy, *R. D. P.*, 1904, p. 209 en note. V. en ce sens M. Laferrière *op. cit.* t. II, 2^e éd., p. 5 et s.; Jacquelin, *op. cit.* p. 89 et s.; M. Larnaude, « Etude sur les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif » dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1902, p. 221.

lui-même qui fait l'acte qui doit être juge de sa légalité constitutionnelle. Qui serait assez naïf pour croire que l'organe législatif, le Parlement, qui se considère comme organe souverain créateur du droit, annulerait une loi votée par lui? Le vouloir de l'autorité législative est un facteur qui en tant qu'il s'agit de lier cette autorité est dénué de valeur juridique. Des Parlements ont montré leur incapacité à traduire la justice.

En France, le système de l'Etat de droit ou légal n'est consacré que pour la justice et l'administration.

On a soutenu que ce sont les hommes de la période révolutionnaire, qui en se méfiant du pouvoir judiciaire et de leur mauvaise volonté possible, ont interdit expressément aux tribunaux de juger tout recours juridictionnel contre les lois, soit directement, soit indirectement: ces textes sont: la loi des 16-24 août 1790, titre 2, art. 11 et 12; la Constitution du 3 septembre 1791, titre 3, chap. V, art. 3, et l'article 127 du Code pénal¹.

Or ces textes, en réalité, ne visent que les actes que faisaient les Parlements de l'ancien régime lorsqu'ils refusaient d'enregistrer les ordonnances royales ou bien alors qu'ils rendaient des arrêts de réglemens; cela résulte à la fois des textes et des circonstances de l'époque où ils ont été votés.

On a soutenu que c'est le principe de la séparation des pouvoirs qui s'oppose au contrôle par des tribunaux de la légalité des actes législatifs, que donner aux tribunaux le pouvoir d'annuler les lois inconstitutionnelles ou illégales, c'est une violation flagrante de ce principe. Parce que, annuler la loi, c'est en faire une autre. L'acte qui annule la loi,

1. La loi du 16-26 août 1790 dans son titre 2, art. 11, et 12, décide que : « Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le roi, sous peine de forfaiture. » Cette règle a été reproduite par la constitution du 3 septembre 1791 (titre 3, chap. 5, art. 3) : « Les Tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ni suspendre l'exécution des lois. » V. aussi le Code pénal art. 127, qui punit comme une forfaiture la résistance des juges à l'application des lois quelles qu'elles soient.

a le même caractère que la loi annulée. L'annulation de la loi est une participation à la fonction législative et un empiètement sur cette fonction, c'est donc en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs de donner à un tribunal la compétence d'annuler la loi.

C'est regrettable, mais la conception encore dominante en droit positif français est celle de M. Tessier, *op. cit.* 15, qui consiste en ce que : « Les pouvoirs du Parlement dans le droit public français étant sans limites, les lois qu'il votées ne sont susceptibles, quand elles ont été régulièrement promulguées, d'aucun espèce de recours, même pour la violation de la Constitution; elles constituent donc au premier chef des actes de souveraineté ».

En réalité, le recours pour excès de pouvoir, par l'application de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, est irrecevable contre les actes législatifs, comme n'émanant pas d'une autorité administrative, et non à raison d'une prétendue souveraineté parlementaire. La jurisprudence du Conseil d'Etat a rejeté le recours pour excès de pouvoir formé contre un acte législatif pour la raison qu'il émane d'une autorité autre qu'une autorité administrative¹.

On peut se demander si le peuple français et l'Etat lui-même, ne se trouvent pas, ainsi exposés au danger politique que signalait déjà Montesquieu, lorsqu'il disait : « S'il n'y a pas quelque chose pour arrêter les entreprises du corps législatif, celui-ci sera despotique; car comme il pourra se donner tous les pouvoirs qu'il peut imaginer, il anéantira toutes les autres puissances. » Enfin, comment concilier cette puissance exorbitante du Parlement avec les principes et les tendances de la démocratie?

Pour que l'Etat du droit ou légal, se trouve réalisé, il est en effet, indispensable que les citoyens soient armés

1. V. les arrêts du C. d'E. du 27 décembre 1826, où il rejette le recours intenté contre un décret de la Convention; C. d'E., 7 décembre 1892, *Cie algérienne*, R. p. 660; 13 juillet 1906, *Picquart et Dreyfus*, déclarant le recours intenté contre un acte administratif, fait en forme de loi, irrecevable.

d'une action en justice qui leur permette d'attaquer les actes législatifs vicieux qui auraient violé leurs droits individuels, le droit objectif supérieur ou les lois constitutionnelles rigides.

2° Si le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable contre les actes législatifs, à raison des textes, vu l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872. *Est-ce qu'il est possible d'élargir la recevabilité du recours à cet égard? Cela est-il dans l'esprit de ce recours? Est-ce qu'il sera opportun de faire ainsi au Conseil d'Etat le juge de la légalité des lois, ou est-ce qu'il sera mieux de créer et organiser un tribunal spécial comme il en existe dans d'autres pays*¹?

La confection des lois est confiée à un service public qui, pour fonctionner régulièrement, doit être soumis au contrôle de la légalité. Les règles de droit par exemple, constitution-

1. C'est ainsi qu'en Suisse, conformément à l'art. 113 de la Constitution fédérale de 1874, le tribunal fédéral, la section du droit public peut juger la légalité des lois cantonales et non et des lois fédérales.

Au Mexique, l'amparo établi par l'art. 10 de la Constitution de 1875 est un recours direct en annulation porté devant les tribunaux fédéraux seulement, et contre toute loi soit de l'Etat fédéral, soit des Etats membres (V. Bermudes, *La procédure d'Amparo contre les actes et les lois contraires à la Constitution du Mexique*, thèse Paris, 1914).

En Autriche, conformément à la Constitution fédérale du 1^{er} octobre 1920, art. 137, 139 et 140 § 4, l'organe chargé de juger la légalité des lois fédérales soit des lois provinciales, c'est un tribunal spécial, la *Haute-Cour de Justice constitutionnelle* (Verfassungsgerichtshof). V. Trazit, *La Constitution d'Autriche du 1^{er} octobre 1920*, thèse Toulouse, 1925, p. 250; Eisenman, *La Justice constitutionnelle et la Haute-Cour constitutionnelle d'Autriche du 1^{er} octobre 1920*. Thèse Paris 1928; Merkl, *op. cit.* p. 10 et s., et p. 144 et s.; H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925; Bischof, *Zeitschrift für civilrecht und Progres*, t. XVI, p. 245.

En Allemagne, la Constitution de Weimar du 11 août 1919 dans son art. 6 a institué une *Haute-Cour* (Staatsgerichtshof), qui est un véritable tribunal constitutionnel. Mais la question de contrôle de la légalité de la loi n'est pas définitivement tranchée. Jusqu'à aujourd'hui en Allemagne le contrôle de la légalité constitutionnelle au moyen du recours pour excès de pouvoir ne s'exerce que sur les lois provinciales (Landesgesetze) et surtout à l'occasion de leur conformité aux lois d'Empire (Reichsgesetze). C'est le tribunal d'Empire, Reichsgerichtshof, de Leipzig qui a reçu cette compétence. Le Gouvernement mécontent de cette attitude du tribunal de l'Empire a déposé à la fin de 1926 un projet de loi qui tend à enlever au tribunal d'Empire cette compétence et à remettre la compétence du contrôle de la constitutionnalité aux mains du Staatsgerichtshof.

En Tchécoslovaquie il y a aussi un Tribunal constitutionnel spécial, une sorte de tribunal arbitral qui est une véritable Cour Suprême (V. O. Flanderka, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en tchécoslovaquie*. Thèse Paris, 1926.

nelles, peuvent être violées, soit dans leurs lettres, soit dans leur esprit, c'est-à-dire dans les principes, dont elles s'inspirent et qu'elles consacrent. Nous pensons, qu'en principe, aucun organe, qu'il s'agisse de l'organe Constituant ou du Parlement, ne doit être considéré comme affranchi des règles de droit.

Et comme rien dans l'esprit du recours pour excès de pouvoir, ne s'oppose au contrôle des actes législatifs au moyen de cette voie de droit, ce contrôle devrait être introduit. Mais certainement, pour introduire le contrôle de la légalité des actes législatifs par voie d'action, il faudra modifier l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, parce que nous ne pouvons pas croire qu'il puisse être introduit, en présence d'un texte aussi formel.

En France, la plupart des constitutionnalistes sont hostiles à la création d'une haute juridiction spéciale chargée d'apprécier la constitutionnalité des lois parce que les grosses difficultés relatives aux modes de recrutement et de saisie de cette Haute-Cour, ne sont pas résolues.

C'est ainsi que le Doyen Duguît écrit : « Le système qui consiste à une Haute et impartiale juridiction sans caractère politique, compétente pour apprécier les lois au point de vue du droit et pour annuler les lois contenant des atteintes aux droits, semble au premier abord très séduisant. Cependant quand on y réfléchit, on hésite et on se demande si véritablement il y aurait là une heureuse institution. D'abord comment serait composée cette haute juridiction, et comment ses membres seraient-ils formés ? S'ils sont élus par le peuple, au suffrage direct ou à deux degrés, cette haute juridiction deviendra un corps politique et ne présentera pas les garanties d'impartialité qu'on lui demande. Si elle se recrute par cooptation, elle deviendra vite une sorte de corps aristocratique incompatible avec la démocratie moderne. Supposons cependant que cette Haute Cour existe, comment serait-elle saisie ? Si, elle ne peut être saisie que par le gouvernement, il est à craindre que celui-ci n'inter-

viennent que pour faire disparaître une loi qui lui déplait. Si la haute juridiction peut intervenir d'office et annuler spontanément toute loi pour inconstitutionnalité, elle devient un organe politique susceptible d'acquiescer une trop grande puissance dans l'Etat. Enfin, si l'on permet à tout individu qui se prétend lésé par une loi inconstitutionnelle de s'adresser à cette juridiction, on peut redouter que l'œuvre législative ne soit elle-même complètement entravée¹. »

Une juridiction constitutionnelle unique, est indispensable dans les Etats fédéraux, mais elle n'est pas utile dans les Etats unitaires, comme la France. Nous pensons qu'il faudrait charger de l'annulation des actes législatifs, soit des lois ordinaires contraires à la constitution, soit des lois constitutionnelles contraires à la déclaration des droits de 1789, le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir. Le Doyen Duguit soutient avec beaucoup de raison qu'il faudrait introduire en France, le recours pour excès de pouvoir contre les actes législatifs, c'est-à-dire l'examen de la constitutionnalité par voie d'action. Il s'exprime dans les termes suivants : « Il est donc vraisemblable que dans un avenir qui n'est peut-être pas très éloigné, on reconnaîtra aux tribunaux, le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois et aussi la recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre elles². Cette solution est très naturelle, mais pour que le Conseil d'Etat puisse juger la légalité des lois au moyen du recours pour excès de pouvoir, il faudra qu'on modifie l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, qui interdit formellement ce contrôle.

Le texte qui pourra servir de base à ce contrôle de la constitutionnalité est la déclaration des droits de 1789, qui a une valeur positive, comme coutume constitutionnelle³.

1. Duguit, *Traité*, 2^e éd., t. III, p. 614 et 664; en ce sens aussi, voir Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., p. 270 et s.

2. Duguit : *Les transformations du droit public*, 1913, p. 103 et 193.

3. V. Réglaude : *La coutume en droit public interne*, p. 255, écrit : « Dès lors il ne peut faire de doute que les principes de 1789 ont subsisté jusqu'à nos

Mais nous sommes loin encore, sans doute, de cette réforme, puisque même l'exception d'inconstitutionnalité qui n'est qu'une voie de droit indirecte n'est pas encore admise contre les actes législatifs formels, sauf en cas d'inconstitutionnalité dans la forme même de la loi qui est considérée alors comme inexistante¹.

Malgré un mouvement doctrinal très sérieux en France en ce sens², et quelques décisions du Tribunal des conflits et arrêts du Conseil d'Etat qui ont été interprétés, comme ouvrant la voie³, les tribunaux n'admettent pas en général que l'exception d'inconstitutionnalité pour violation d'une

jours comme règles constitutionnelles, grâce à la force nouvelle qu'ils tenaient en tant que règles positives, de la coutume et qui faisait que le législateur de 1875 ne voulait et ne pouvait s'y soustraire. » A la page 256 l'auteur continue en écrivant que les principes de 1789 ont subsisté jusqu'à nos jours avec le caractère de règles constitutionnelles rigides : « Puisqu'ils s'imposent au législateur constituant, à plus forte raison ne pourraient-ils être violés, abrogés, ou modifiés, par le législateur ordinaire. »

1. La loi du 6 août 1910, du 5 août 1914, *R. D. P.* 1915, p. 576; V. en ce sens Duguit : *Traité*, 3^e éd. t. III, p. 659 et s.; et *R. D. P.* 1912, p. 306; Esmein *op. cit.* 8^e éd. revue par Nézard, t. I, p. 642; M. Jèze : *Principes*, 3^e éd., t. I, p. 350. « Du contrôle des délibérations des Assemblées » *R. G. d'adm.* 1895, t. II, p. 421; Signorel « Du contrôle judiciaire des actes du pouvoir législatif » dans *R. D. P.* 1904, p. 256 et S. 1912-4-9 note sous arrêt du 11 février 1912, trib. Bucarest.

2. Beauregard « L'inconstitutionnalité de la loi du cadenas » (*Le monde économique*) 2^e Partie 1894, p. 534. Duguit *Transformation du droit public*, 1913, p. 99, 103; *Traité*, t. III, 2^e éd., p. 659, 660, 678 et s. Hauriou, *Précis*, 11^e éd. p. 305, 306, 323 et « *Précis* » 2^e éd. 1929, p. 272. Les notes précitées sous C. d'E. Berthélemy, *Traité*, 10^e éd., p. 13; « Les limites du pouvoir législatif. *R. P. P.* 1925, p. 355 et s. « Les lois constitutionnelles devant les juges » *R. P. P.* 1927, p. 183 et s.; Jèze et Berthélemy, « Consultation pour la société communale des tramways de Bucarest » dans *R. D. P.* 1912, p. 139; Larnaude *L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français*, *R. P. et P.* 1926, p. 181; Génys : *Science et technique juridique en droit privé*, t. IV, p. 100; Appleton, *op. cit.* p. 280 et s.; Alibert, *op. cit.*, p. 26; M. Réglaude constate très justement que : il est regrettable qu'en France le fétichisme de la loi empêche les tribunaux d'entrer dans la voie de droit ou la doctrine nouvelle les invite à marcher. » V. *La coutume en droit public interne*, p. 263. Leblanc, *Du pouvoir des tribunaux judiciaires d'apprécier en France la constitutionnalité des lois*. Thèse Paris 1924, Ho-Hio-Ky, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*. Thèse Paris 1926; Blondel, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*. Thèse Aix, 1927; Ernest Lafont, *J. Off. Débat Parlem.* 4 février 1924, p. 478 et s. à l'occasion des décrets lois de 1924.

3. V. Trib. des Confl. 30 juillet 1873, *Pelletier*; Cassat. 11 mai 1833, *Paulin*. S. 1833-1-357; 18 avril 1833-1-372; Cass. crim. 3 janvier 1834; *Villelée* S. 1834-1-371; 12 avril 1838, *Doyen et Lemaire*, D. 1838-1-154; 1905 *Novaux*, *Gaz. parl.* 1905-2-240; C. d'E. arrêts : 7 août 1909, *Winkel*, S. 1909-3-145, 1^{er} mars 1912, *Tichit*, S. 1913-3-137, note Hauriou.

disposition de fond de la constitution écrite ou coutumière soit recevable contre les actes législatifs émanés du Parlement, par exemple, si une loi viole un des principes de la déclaration des droits de 1789.

§ 2 **Les Actes d'administration faits par les deux Chambres en forme de loi**, et qui n'ont le caractère intrinsèque de l'acte législatif. Ce sont par exemple : *l'acte de déclaration d'utilité publique de certains travaux publics, les décisions portant modifications des circonscriptions administratives; les actes de classement ou de déclassement des dépendances du domaine public, d'une place de guerre, l'approbation des conventions financières d'emprunts, l'autorisation d'aliénation de certains immeubles domaniaux, forêts de l'Etat, l'autorisation donnée à des congrégations religieuses, l'autorisation des surtaxes, le vote des crédits budgétaires, les actes ou opérations approuvant ou autorisant des contrats, etc...*

Ces actes émanant du Parlement sont hors de l'atteinte des tribunaux; les tribunaux judiciaires sont incompétents en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, et les tribunaux administratifs le sont aussi, puisque nous ne nous trouvons pas là en présence d'actes administratifs formels : l'autorité dont ils émanent n'étant pas une autorité ayant reçu de la loi le caractère d'autorité administrative. Mais si nous ne sommes pas en présence d'actes administratifs formels, nous ne sommes pas davantage en présence d'actes législatifs matériels. Le Conseil d'Etat a admis depuis longtemps, que les actes d'administration faits en forme de loi, sont soumis aux règles ordinaires de l'interprétation contentieuse, qu'en conséquence, les parties peuvent se pourvoir devant la juridiction administrative, pour faire juger les questions préjudiciables auxquelles les actes donnent lieu. Cette doctrine n'est pas en contradiction avec la théorie d'après laquelle tout recours est interdit, aussi bien contre les actes d'administration du Parlement que contre ses actes législatifs matériels, parce qu'il nous semble qu'il faut distinguer

pour le moment le pouvoir d'interprétation du pouvoir d'annulation.

Mais, même au point de vue de l'annulation, le vote ou l'approbation d'un pareil acte par les Chambres n'a pas pour effet de transformer la nature de celui-ci, et par conséquent le recours pour excès de pouvoir devrait être admis contre eux, si l'expression « autorité administrative » de la loi du 24 mai 1872, article 9, était entendue à la fois au point de vue matériel et formel. Le Doyen Duguil est d'avis qu'il serait même téméraire de croire que le système actuel pourra se maintenir longtemps¹.

Cependant la jurisprudence du Conseil d'Etat déclare le recours pour excès de pouvoir, intenté contre des actes parlementaires, irrecevable même si ces actes ne sont pas absolument conformes aux règles posées par la législation générale, par exemple si une déclaration d'utilité publique a été faite sans enquête préalable, ou si elle vient briser un contrat régulièrement passé; aucun recours direct ou indirect ne serait recevable de la part des particuliers lésés². Mais, si un contrat ou un acte de concession est approuvé par le Parlement, cette approbation, qui au point de vue matériel n'est qu'un acte administratif condition, n'a aucune influence sur la nature du contrat, ni sur la compétence des juridictions. La Cour de Cassation, d'accord avec le Conseil d'Etat, reconnaît que les cahiers des charges d'une concession conservent leur nature contractuelle et que leur juge reste le même par quelque autorité que le contrat soit approuvé³. Les tribunaux administratifs ont le droit d'interpréter les actes collaborant au contrat, bien que le contrat lui-même reste de la compétence des tribunaux judiciaires.

Nous ne voyons aucun inconvénient pour les tribunaux judiciaires qui peuvent interpréter les lois, qu'ils interpré-

1. V. Duguil, *Traité*, t. III, 3^e éd., p. 707, et M. Michoud, *op. cit.* p. 271.

2. V. C. d'E. 7 décembre 1894, D. P. 1895-3-89; 21 novembre 1908, D. P. 1909-3-83.

3. C. d'E. 18 avril 1876, *Chemin de fer de Lyon*.

lent aussi les cahiers des charges qui ont une nature contractuelle. Mais les tribunaux judiciaires ne pourront interpréter les actes d'autorisation ou d'approbation, donnés par les Chambres, car ceux-ci ne sont pas des actes législatifs, mais administratifs, émanant de l'autorité parlementaire. Ces actes peuvent être interprétés par le Conseil d'Etat comme question préjudicielle¹.

Cette doctrine, nous avons dit qu'elle n'est pas en opposition avec celle qui refuse la compétence au Conseil d'Etat concernant le recours en annulation formé contre les décisions d'administration du Parlement, parce que le Conseil d'Etat peut interpréter la légalité de ces actes en dehors du recours pour excès de pouvoir, et quoique ce recours reste irrecevable contre eux. L'interprétation d'une loi formelle appartient à toutes les juridictions conformément à la compétence respective de chacune d'elle, sans qu'elles aient par cela le droit de l'annuler.

§ III. Les résolutions des Chambres

Ce sont : les actes émanant d'une seule Chambre. Il y a d'abord les actes faits pour leur fonctionnement. Ce sont les *règlements intérieurs* de chaque Chambre, qui ne sont pas des lois au sens formel, mais au sens matériel, des dispositions par voie générale déterminant l'ordre et la méthode des travaux dans chaque Assemblée et qui sont votés par une seule Chambre, celle à laquelle ils s'appliquent, sans le concours et sans le contrôle de l'autre assemblée ou d'une autre autorité quelconque. Ces règlements bien qu'ils ne soient rendus en forme complète d'une loi, s'appliquent non seulement aux membres de la Chambre, pris individuellement et à la Chambre elle-même, mais aussi au public participant aux séances d'Assemblées.

1. Tribunal des conflits 24 décembre 1845, de *Nazelles*, et C. d'E. 7 août 1883, *Comman de Maudon*.

Ils ne sont pas des lois à la fois formelles et matérielles parce qu'ils n'émanent pas conformément au régime constitutionnel des deux Chambres. Ces règlements ne peuvent, d'après la jurisprudence, être interprétés, ni appliqués que par la Chambre dont ils émanent. Les autorités juridictionnelles ne peuvent sans un manifeste excès de pouvoir en réviser l'application¹.

Chaque Chambre a un pouvoir réglementaire; chacune d'elle peut établir et modifier à volonté son règlement par voie de résolution unilatérale. Mais on n'a encore jamais admis qu'une Chambre puisse établir son règlement en violation d'une loi ou violer son règlement sous prétexte qu'elles sont toujours maîtresses de le modifier.

Le principe de la légalité impose que la Chambre dans ses décisions particulières, soit liée par les dispositions générales de son règlement, tant que celles-ci ne sont pas modifiées ou abrogées. Cette conception de la légalité, défendue énergiquement par le Doyen Duguit², est acceptée par les plus grands jurisconsultes³. Toutefois, il n'existe pas en droit constitutionnel français de recours juridictionnel contre cette violation, parce qu'ils sont des actes parlementaires, et des lois intérieures de l'Assemblée⁴.

Et, quand un juge ordinaire refuse de reconnaître, en appliquant la loi dans un cas d'espèce, de l'exception d'irrégularité qu'on pourrait fonder sur l'inobservation de cette loi, il n'existe plus le contrôle de procédure parlementaire mais le contrôle d'inconstitutionnalité proprement dit⁵.

1. V. C. d'E. du 4 janvier 1881, D. 82-2-179.

2. V. Duguit, *Traité*, t. IV, 2^e éd., p. 274.

3. V. Hauriou, dans sa note arrêt *Moignu*, 22 mars 1912, S. 1913-3-105; D. P. 1914-3-56. M. Chevalier, ses notes sous les arrêts du C. d'E. du 28 novembre 1923; 22 janvier et 26 mars 1926; *Boulannais*, D. H. 1926-3-73.

4. Ce qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat en ce qui concerne les règlements des Assemblées administratives délibérantes, pour lesquelles on ne retrouve pas la fin de non-recevoir, tirée de l'acte parlementaire. V. arrêts du C. d'E. du 22 mars 1912, S. 1913-3-111-105; 2 février 1914, *Turmel*. Il s'agit du recours pour excès de pouvoir intenté contre les délibérations et décisions du Conseil général, pris en violation d'un règlement intérieur de l'Assemblée.

5. Cassation criminelle, 11 mai 1833, et jurisprudence générale, V. lois nr. 527.

Dans la catégorie des résolutions des Chambres, entrent aussi : les actes relatifs à l'ordre du jour votés par les Chambres à la suite d'une interpellation; les actes de validation de l'élection des Députés ou des Sénateurs; les sanctions disciplinaires prises à l'encontre des membres d'une Assemblée, votées par cette Assemblée; les actes relatifs à l'élection du Président ou du bureau¹.

Toutes ces résolutions sont des résolutions individuelles tandis que le règlement est une résolution par voie générale.

Les Chambres accomplissent des résolutions lorsqu'elles votent des ordres du jour à la suite d'une interpellation: celle-ci permet aux Chambres de contrôler les actes de l'organe exécutif, et l'ordre du jour est la sanction parlementaire au droit d'interpeller des Parlementaires. Mais si aucun contrôle juridictionnel n'est possible contre les actes parlementaires en forme de résolutions, il n'en n'est pas de même pour les actes administratifs, approuvés par le vote d'un ordre du jour politique émané de l'une des Chambres. Leur approbation par les Chambres n'a pas pour effet de changer leur nature juridique, et en conséquence le recours en annulation est recevable contre ces actes. La jurisprudence du Tribunal des conflits et celle du Conseil d'Etat, sont constantes en ce sens, en décidant que ces actes sont soumis au contrôle juridictionnel².

Dans l'état actuel du droit français, aucun contrôle juridictionnel n'est admissible, contre l'acte de validation d'une élection d'un député ou d'un sénateur, qui est fait par chaque corps législatif auquel appartient l'élu, et qui constitue un acte parlementaire formel. Le principe établi aujourd'hui, et encore en application, est que chaque Chambre est juge de l'éligibilité de ses membres. La vérification des pouvoirs

1. V. art. 14 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875.

2. V. en ce sens, notamment, les décisions du Tribunal des Conflits du 5 novembre 1880, *Marquigny*, S. 1881-3-81; et 25 novembre 1889, D. P. 1890-3-65, et les arrêts du C. d'E. du 20 mai 1887, *Prince d'Orléans et Prince Murat*, R. p. 409; 25 mars 1889, R. 144, S. 1890-3-65.

des Assemblées législatives est en réalité l'exercice d'une fonction juridictionnelle.

C'est pourquoi en Angleterre, en Roumanie et en Grèce, la vérification des élections contestées est de la compétence des tribunaux judiciaires.

En France, l'article 10 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, qui dispose que « chacune des Chambres est juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de leur élection », ne fait que consacrer le régime de l'an VIII et de l'article 5 du décret organique du 5 février 1852, qui prévoit que « les opérations électorales sont vérifiées par le corps législatif qui est seul juge de leur validité ».

En effet, la jurisprudence du Conseil d'Etat déclare que chacune des Chambres est juge non seulement de l'éligibilité de ses membres, mais encore de la régularité des opérations électorales, c'est-à-dire de la validité des actes préparatoires¹.

Ce sont des actes émanant des autorités parlementaires et comme tels échappant à tout recours juridictionnel.

Cette solution est d'abord contraire au principe d'après lequel le contentieux de l'élection, qui pose la question de la légalité de l'opération électorale rentre dans la compétence normale du pouvoir judiciaire. Deuxièmement, les validations ou les invalidations soumises à la discrétion des Chambres sont inspirées par des considérations politiques et non par des considérations du droit. La majorité qui n'a jamais invalidé aucun de ses membres, valide ses amis et invalide ses adversaires. On a soutenu qu'il faut laisser ce pouvoir judiciaire aux Chambres pour assurer leur indépendance et leur souveraineté, vis-à-vis de l'autorité judiciaire.

Même en admettant que les Chambres soient seules compétentes pour statuer sur la régularité des élections, il ne faut pas conclure, avec M. Eugène Pierre, que les Assemblées soient des juridictions souveraines en cette matière et puissent

1. C. d'E. arrêt du 6 août 1912, *Maître R.* p. 982. V. Esmein, *Eléments de Droit constitutionnel* 8^e éd., t. II, p. 392 et s.; Caville, *Le contentieux de l'élection publique*. Thèse 1909.

agir au-dessus de la loi¹. En réalité, la Chambre est liée, par la loi comme le juge, dans la vérification des pouvoirs. Elle n'a aucun pouvoir discrétionnaire arbitraire. Si, par exemple, un inéligible a été proclamé élu, la Chambre ne peut que faire annuler l'élection. Elle ne peut pas proclamer élu un autre que celui qui l'a été par la Commission de recensement, sauf pour les cas de corruption ou de manœuvre de pression qui ont vicié l'élection. La vérification des élections et des opérations électorales, actes préparatoires, est une opération politique sans aucune garantie juridictionnelle, qui aboutit au jugement de l'homme au lieu d'être une opération de jugement.

Dans d'autres pays, le contrôle de la régularité de l'élection aux Assemblées politiques, est confié à une juridiction proprement dite. Par exemple au Japon, c'est la Cour d'appel de Tokio qui connaît au contentieux des élections au Parlement; en Yougoslavie c'est la Cour de cassation en séance plénière; en Allemagne, on a créé, par la Constitution du 11 août 1919, art. 3, et la constitution prussienne du 30 novembre 1920, art. 12 § 2, un tribunal spécial de validation électorale (*Wahlprüfungsgericht*), composé des membres du Reichstag, élus par celui-ci, et des membres du Tribunal administratif de l'Empire nommés par le Président de la République. En Tchécoslovaquie conformément à la Constitution du 29 février 1920, art. 19, il y a un Tribunal électoral spécial, composé de membres nommés parmi les fonctionnaires du Tribunal suprême administratif, et d'autres élus par la Chambre des députés parmi les hommes (par exemple les professeurs) ne faisant pas partie de l'Assemblée nationale. Ce Tribunal est compétent pour vérifier les élections des membres de l'Assemblée nationale, pour juger les recours formés contre les listes électorales perma-

1. Eugène Pierre, *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, 5^e éd., 1921, p. 355 et 360, qui soutient que: « En matière de vérifications des pouvoirs, la Chambre est jury souverain; la Chambre statuant en matière de vérifications de pouvoirs n'est liée, ni par le texte des lois, ni par les décisions du suffrage universel. Elle est souveraine, d'une souveraineté absolue et sans réserves. »

nentes, la procédure illégale des élections, les inéligibilités, le résultat définitif de l'élection, etc.

C'est ainsi que par un arrêt du 17 décembre 1921 (v. *Recueil des principaux arrêts et décisions du Tribunal électoral de l'Etat tchécoslovaque*, t. II § 72 de Koschin), il a privé de son mandat le député V. Drobuez pour le motif qu'il avait commis un acte déshonorant en se retirant de son parti. Il se peut que ce tribunal électoral soit une institution excellente, jouissant d'une autorité incontestable et constituant une garantie très précieuse contre la corruption au sein des corps politiques, mais il nous semble qu'il va trop loin en rendant des arrêts trop rigoureux, et cela pour la raison qu'il se trouve trop sous l'influence des Assemblées et partis politiques, qu'il défend plutôt que les droits et intérêts des citoyens et électeurs. (Voir la loi du 29 février 1920 dans *Recueil des lois et décrets sur le Tribunal électoral*, § 125, qui institue ce tribunal électoral.)

La fonction du Tribunal électoral est exercée en Autriche par la Haute Cour constitutionnelle. Ce Tribunal unique et central, pour la confédération tout entière, exerce en vertu de l'article 141 de la Constitution fédérale, le contrôle de la régularité de toutes les élections aux Assemblées politiques et de la validité des mandats des élus. (V. aussi, art. 67 de la loi d'organisation.)

« La Haute Cour constitutionnelle statue sur les contestations d'élections au Conseil national, au Conseil fédéral, aux Diètes provinciales et à toutes les autres Assemblées électives (Allgemeine Vertretungskörper) et à la requête de ces Assemblées prononce contre leurs membres la déchéance du mandat » (Mandatsverlust).

En France, ce contrôle électoral est confié à l'Assemblée elle-même, qui se transforme momentanément en juridiction.

Nous sommes d'avis qu'il faudra confier au Conseil d'Etat, à qui devrait incomber la vérification de ces actes, de même que pour les élections administratives, le contentieux des

élections aux Conseils municipal et d'arrondissement, qui est porté devant le Conseil de Préfecture, avec appel au Conseil d'Etat, et devant le Conseil d'Etat en premier et dernier ressort, pour les élections du Conseil général.

§ 4.

Le recours est irrecevable contre les *actes accomplis* par le *Président du Sénat ou de la Chambre des députés* : sanctions disciplinaires prises envers les membres d'une Assemblée, ou les mesures de police prises envers le public participant aux séances parlementaires. Les Chambres exercent aussi vis-à-vis de leurs membres un pouvoir disciplinaire, dont les limites sont fixées par le règlement. Dans toutes les Assemblées, il est nécessaire, pour la liberté et le respect de tous, d'assurer l'ordre dans la discussion. L'autorité chargée d'assurer l'ordre et d'appliquer le règlement est le Président de l'Assemblée. C'est sur la proposition du Président, que l'Assemblée prendra des mesures de police et des décisions disciplinaires qui constitueront des actes parlementaires. En France, actuellement, les membres du Parlement sont tous soumis aux mêmes peines disciplinaires¹. Ni les Tribunaux judiciaires, ni les Tribunaux administratifs ne sont compétents pour apprécier la légalité des sanctions et mesures disciplinaires, qu'elles soient prises à l'égard du public ou des membres d'une Assemblée.

A l'égard de ces actes, il y a une absence complète de contrôle juridictionnel, et pas seulement de recours pour excès de pouvoir. Dans ce sens s'est prononcé le tribunal de la Seine et la Cour de cassation dans son arrêt du 30 janvier 1883, à l'occasion de l'affaire *sieur Beaudry d'Asson*, auquel une partie de son indemnité avait été retenue, en vertu d'une décision de la Chambre, prononçant contre lui la

1. V. Règlements du Sénat, art. 114. Règlements des Chambres, art. 56; V. M. Bonnard, *Les règlements des Assemblées législatives en France, depuis 1879*.

censure et le rappel à l'ordre avec inscription au procès-verbal; il assigna les questeurs et le trésorier de la Chambre, comme retenant indûment une somme de sept cent soixante douze francs.

Le tribunal de la Seine se déclara incompétent par arrêt de la Cour de Paris du 24 février 1881, enfin la Cour de cassation par un arrêt du 30 janvier 1883, rejeta le pourvoi formé par le sieur *Beaudry d'Asson*¹.

L'irrecevabilité du recours juridictionnel s'étend à tous les actes de l'autorité parlementaire : non seulement il est irrecevable contre les actes émanant d'une seule Chambre, ou contre les actes accomplis par le Président de ces Assemblées, par rapport aux membres des Assemblées, mais aussi contre les actes pris par les Présidents d'Assemblées, et leurs bureaux, à l'égard des tiers².

Le pouvoir disciplinaire de l'Assemblée ne s'étend pas seulement à ses propres membres, le Président de chaque Chambre, pour faire régner l'ordre dans la salle des séances, a le droit d'expulser tous ceux qui le troubleraient. Il peut aussi faire évacuer les tribunes ou interdire définitivement l'entrée à toute personne.

Les peines disciplinaires parlementaires, qu'elles soient pécuniaires ou privatives de liberté, établies par des résolutions prises par une seule Chambre et non par des lois, constituent une exception à la règle « *nulla pœna sine lege* »

1. « Attendu, dit la Cour de Cassation, que l'autorité judiciaire ne pouvait, sans violer ouvertement le principe de la séparation des pouvoirs, entrer dans l'examen d'une pareille demande. Que la Chambre des députés fait partie des pouvoirs constitués dans lesquels réside la souveraineté. Qu'à ce titre ses actes, et notamment son règlement délibéré et voté en séance publique, ne pouvaient tomber dans le domaine d'appréciation des Tribunaux. » V. Req. 30 janvier 1833, S. 83-1-111.

2. C'est dans ce sens que le Conseil d'Etat a décidé dans son arrêt du 17 novembre 1882, *Merly*, R. 952. (S. 1884-3-62). Il s'agissait d'un recours intenté par un journaliste sieur *Merly* contre la décision du Président de la Chambre des Députés par laquelle il avait retiré sa carte donnant l'accès des Tribunes de la presse. Le C d'E. rejette le recours en termes suivants : « Considérant que les décisions par lesquelles le Président du Sénat et de la Chambre des Députés réglementent l'admission du public et de la presse aux séances de ces Assemblées, ne sont pas de nature à être déferées au C. d'E. »

et comme elles sont appliquées sans intervention de l'autorité judiciaire, une exception au principe. « *nulla pœna sine iudicio* ».

§ 5.

Le recours est irrecevable contre les *décisions d'une commission parlementaire*.

Les commissions parlementaires élues par les Chambres font des actes administratifs, mais contre lesquels le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable. Du reste le plus souvent, ces commissions ont un pouvoir nettement déterminé par les résolutions même des Chambres; elles sont chargées de faire des enquêtes et d'éclairer l'Assemblée.

Les commissaires peuvent, d'après la loi du 23 mars 1914, recevoir expressément de la Chambre des pouvoirs analogues à ceux appartenant à un juge d'instruction. Or cela est en contradiction avec le principe de la séparation des Chambres et de l'ordre judiciaire¹.

Le Conseil d'Etat déclare que les décisions des commissions parlementaires ne sont pas par leur nature susceptibles d'être attaquées par la voie contentieuse².

Ce sont des actes émanant des autorités parlementaires contre lesquels le recours pour excès de pouvoir ne peut être recevable³.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a confirmé sa jurisprudence antérieure, à l'occasion de l'affaire *Valentin*, où

1. Dans ce sens Duguit, *Traité*, t. II, p. 372. M. Bonnard dans « Les pouvoirs judiciaires des commissions d'enquêtes parlementaires et la loi du 23 mars 1914 dans *R. D. P.*, avril et juin 1914 et tirage à part, p. 4 et 22 et s., est d'avis que cette loi ne constitue pas une exception au principe de séparation des pouvoirs mais qu'elle interprète ce principe d'une certaine façon.

2. V. arrêt du C. d'E. du 15 novembre 1872, de *Carrey de Bellemare*, 3 janvier 1873, *Loizillon*; 2 mai 1873, *Cord* « qu'aux termes des lois organiques du C. d'E. et notamment de l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872, le C. d'E. statuant au contentieux ne peut connaître que des recours formés contre les actes des diverses autorités administratives, qu'ainsi les actes des dites commissions ne relèvent que des Assemblées dont elles émanent et ne peuvent être déférés au C. d'E. par la voie contentieuse », et l'affaire *Baudry d'Asson*, précitée.

4. V. G. Jèze, *Principes*, 3^e éd., t. I, p. 384.

il s'agissait d'un recours d'un officier se plaignant que sa pension de retraite avait été liquidée sur un grade que la commission lui aurait illégalement attribué¹. Malgré la décision du Conseil d'Etat, nous pensons que *toutes les décisions prises par les Chambres ou par les commissions des Chambres, en matière de comptabilité des pensions* et sur le personnel en service des Assemblées, doivent être susceptibles de recours juridictionnel. Notamment, les décisions prises par les Chambres, et relatives aux pensions allouées aux anciens députés ou sénateurs ou à leurs familles, de même qu'aux employés des Chambres, ne sont que des actes administratifs émanant d'une autorité parlementaire; mais cela ne suffit pas pour qu'ils soient soustraits à tout contrôle de la légalité.

Le Conseil d'Etat examine la légalité de ces actes, de même que la légalité des actes administratifs, même s'ils sont liés à un véritable acte parlementaire, sans qu'ils touchent à la légalité de celui-ci².

La Chambre des Députés, en sa résolution du 23 décembre 1904, art. 15 et le Sénat, le 28 janvier 1905, se sont prononcé dans le même sens, à l'occasion d'un recours d'une caisse mutuelle.

§ 6.

Dans la catégorie des actes parlementaires, on a soutenu qu'entrent aussi les *actes relatifs à la procédure parlementaire pour la confection des lois*. Ce fut la Cour de cassation qui, dans l'affaire *Ronaux* du 22 octobre 1903, a décidé

1. V. C. d'E. 2 juillet 1888, R., p. 24, où le C. d'E. s'exprime en termes suivants : « Considérant qu'aux termes des lois organiques du C. d'E., et notamment de l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872, le C. d'E. statuant au Contentieux ne peut connaître que des recours formés contre les actes des diverses autorités administratives, que ni les assemblées parlementaires, ni les commissions formées dans leur sein, ne sont des autorités administratives, dans le sens de l'article 9 de la loi précitée, qu'ainsi les actes des dites commissions ne relèvent que des Assemblées dont elles émanent, et ne peuvent être déferées au C. d'E. par la voie contentieuse. »

2. V. les arrts du C. d'E. du 7 décembre 1894, *Cie Algérienne*, R. 663; 3 février 1899, *Héritiers de Joly*, R. p. 83; 4 juillet 1904, *Fabrique d'Anney*, R. p. 533.

que l'autorité judiciaire n'a pas à contrôler la régularité de la procédure de la loi suivie devant la Chambre des Députés ou du Sénat¹, qui n'est déterminée par aucune loi et qui est un acte parlementaire. Les Tribunaux, disait-on, n'ont qu'à appliquer les lois, et non à les interpréter. C'est au Président de la République chargé de la promulgation de la loi, qu'il appartient de vérifier, avant la promulgation, si la procédure a été régulière. Donc, le Président de la République avec le Parlement, sont les seuls juges de la régularité de cette procédure. C'est enfin au Président de chaque Chambre qu'il incombe de veiller à l'observation des règlements intérieurs. Et, du moment qu'une loi prise en violation d'un règlement d'une Assemblée a été régulièrement promulguée, la promulgation couvre tous les vices de sa violation².

Quelle est la vraie nature de l'acte de la promulgation de la loi accompli par le Président de la République conformément à l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875³ ?

Est-ce que cet acte est un acte parlementaire, un acte législatif ou un simple acte d'exécution de la loi ?

D'après une conception très répandue, l'acte de la promulgation de la loi serait un acte législatif. En ce sens se prononce Léon Duguit qui, après avoir constaté très exactement que l'acte de la promulgation de la loi est un acte d'exécution, écrit plus loin qu'en promulguant la loi, le Président de la République fait un véritable acte de puissance législative⁴.

1. V. Cassat. arrêt du 22 octobre 1903, *Ronaur et autres*, R. D. P. 1904, p. 111 et Gaz. Pal. 1903-2-420 et s. « L'autorité judiciaire n'a pas à contrôler la procédure suivie par le Parlement. »

2. V. en ce sens Léon Duguit, *Traité*, t. I, p. 160. Laband, *Le droit public de l'empire allemand*, trad. franç. t. II, p. 231 ; Teissier, *op. cit.* p. 15 ; Carré de Malberg, *op. cit.* t. I, p. 454, p. 456 et s.

3. V. art. 3 de la loi C. du 25 février 1875 qui dit que le Président de la République : « Promulgue les lois, lorsqu'elles ont été votées par les deux chambres » et art. 7 de la loi C. du 16 juillet 1875.

4. V. Léon Duguit, *Traité*, t. II, éd. 2, p. 443 et 444, qui s'exprime en termes suivants : « Par la promulgation le Président est directement et vraiment associé à la confection de la loi. » V. aussi *L'Etat*, t. II, p. 331 et s. ; de cet avis M. de Vareilles-Sommières : « De la promulgation et de la publication des lois et des décrets. » M. Hauriou, *Précis*, 2^e éd., p. 149 ; Laband. *op. cit.* t. II, p. 277

Nous regrettons profondément de ne pouvoir accepter un pareil raisonnement. Pour nous, le Président de la République, par la *Promulgation*, ne vient pas pour légiférer, mais il vient constater l'existence de l'accord concordant de deux Chambres, parce que, conformément l'article 1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le pouvoir législatif s'exerce par deux Assemblées : la Chambre des Députés et le Sénat.

L'acte de promulgation n'est pas un acte législatif, ni parlementaire, il est un acte d'exécution¹, une sorte de sanction législative de la loi. Il fixe le moment précis à partir duquel la loi sera exécutée. En ce sens, nous paraît la formule même de la promulgation : « La présente loi délibérée et adoptée par le Sénat et la Chambre des Députés sera exécutée comme loi de l'Etat » (V. décret du 6 avril 1876.)

Donc, l'acte de promulgation des lois, fait conformément à l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 par la Président de la République, a une double portée : a) d'une part le Président de la République renonce à son droit de demander une deuxième délibération (conformément à l'article 7, alinéa 2, de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875);

b) D'autre part il examine la régularité du vote de la loi et l'accord des deux Chambres. Il donne à la loi force exécutoire. L'acte de promulgation est irrévocable, même de la

1. V. de cet avis M. Carré de Malberg, *op. cit.* t. I, p. 422 et s. qui écrit : « En promulguant le Président de la République n'accomplit nullement un acte de la fonction législative, il ne fait que pourvoir à son exécution; il n'exerce pas en cela un pouvoir législatif dont il promulgue l'œuvre et envers cette œuvre législative elle-même, un devoir de soumission, une obligation de sa charge exécutive. » Dans sa note à la page 422 et 423, T. I, l'auteur continue en disant que l'acte de la promulgation de la loi est un acte d'exécution de la loi dans ce sens, qu'il ne donne pas la naissance de la loi, mais simplement qu'il constate cette naissance. Cet acte d'exécution a une triple destination d'après M. Carré de Malberg : « Elle (c'est-à-dire la promulgation) est d'abord une constatation de l'adoption de la loi par l'organe législatif; deuxièmement, elle est la certification de l'existence de la loi et de son texte; enfin elle est l'affirmation de sa valeur impérative et exécutoire. » V. *op. cit.* t. I, p. 429. V. aussi Esmein, *op. cit.* t. II, p. 68 et s. V. Pierre, *op. cit.* n. 508. Hauriou, *Précis*, 2^e éd., p. 438 et s. démontre que l'acte de promulgation est un acte d'exécution qui ne doit pas être confondu avec la sanction de la loi.

par de l'autorité qui l'a fait. Mais de là il ne faut pas conclure qu'il échappe à tout contrôle et à tout recours, même s'il repose sur une erreur grossière, comme émanant d'une autorité souveraine.

Notre avis est que l'acte de promulgation d'une loi par le Président de la République, n'est pas un acte parlementaire¹, et que la promulgation ne peut jamais couvrir les illégalités parlementaires, les vices de forme, l'inconstitutionnalité formelle commises par le Parlement; il n'y a pas de loi quand les formes constitutionnelles n'ont pas été observées, et ce malgré la promulgation, puisque celle-ci n'ajoute rien à la loi. S'il arrivait par exemple que le gouvernement promulguât comme loi de l'Etat un texte adopté par une seule Assemblée ce texte certainement ne serait pas une loi et toute juridiction appelée à l'appliquer aurait le droit de constater son inexistence légale². M. Larnaude³, dit très bien qu'il est difficile d'aller aussi loin dans la voie de l'abdication judiciaire. La loi, disons-nous, avec M. Orlando⁴, oblige en tant qu'elle existe, et elle existe non pas en tant qu'elle est promulguée, mais en tant que le pouvoir législatif l'a faite légalement. Autrement, les tribunaux de tous ordres et hiérarchies peuvent et doivent constater l'irrégularité de la loi et refuser d'en faire l'application⁵. On a objecté que de contrôler les actes exécutifs par les tribunaux, c'est violer le principe de la séparation des pouvoirs. Et que la promulgation n'aurait plus de sens, si après la vérification faite par le chef de l'exécutif, celui-ci pouvait de nouveau être contesté devant les tribunaux⁶. Or, les tribunaux, en vérifiant la constitution-

1. V. dans le même sens Hauriou, *op. cit.* p. 318 et s. M. Berthélemy, *Traité* p. 12, et note sous arrêt, S. 1838-1-318; M. G. Jèze, *Les principes*, 3^e éd., t. I, p. 368, et 372, et R. D. P., 1918, p. 380.

2. V. aussi M. Laferrière, *op. cit.* t. II, 2^e éd., 1896, p. 9.

3. M. Larnaude et Saleilles, « L'étude sur les garanties judiciaires contre les pouvoirs législatifs dans certains pays » dans *Le Bulletin de législation comparée*, 1902, p. 221, 224 et s.

4. Orlando dans *Teoria giuridica delle garantigie de'la liberta*, p. 966.

5. M. Duguit, *Traité*, t. III, 2^e éd., p. 707.

6. M. Carré de Malberg, *op. cit.* t. I., p. 455.

nalité formelle d'une loi, restent dans les limites de leur compétence. Ils ne font qu'exercer leurs fonctions normales.

Aujourd'hui la jurisprudence a admis d'une façon unanime le droit pour les tribunaux judiciaires d'apprécier la constitutionnalité formelle de l'acte législatif, c'est-à-dire qu'elle a admis l'exception d'inconstitutionnalité extrinsèque et par conséquent le droit d'exercer un certain contrôle sur la procédure parlementaire. Voyez notamment la loi du 22 février 1908, qui a été votée seulement par la Chambre et non par le Sénat, et promulguée elle ne fut pas appliquée. Nous sommes d'avis qu'une telle loi est inexistante, et il n'y a pas besoin d'intervenir pour l'écarter¹. Les tribunaux ont refusé l'application d'une loi viciée en sa forme, par exemple la loi du 6 août 1910, comme n'étant pas votée en la même forme par les deux Chambres. La loi du 5 août 1914 sur les crédits supplémentaires, qui parce qu'elle avait été votée différemment par les deux Chambres, ne fut pas appliquée jusqu'à son abrogation réalisée par la loi du 30 novembre 1915.

Le Conseil d'Etat décide que le recours pour excès de pouvoir n'est pas ouvert contre ces actes à cause de leur nature parlementaire. Cela veut dire que ces actes émanent d'une autorité parlementaire et que le recours n'est pas recevable contre eux, puisqu'il n'est recevable que contre les actes des autorités administratives.

En ce qui concerne la promulgation qui, selon nous, ne fait pas partie de la procédure parlementaire mais de l'exécution des lois, le recours n'est pas recevable parce qu'elle rentre dans la catégorie des actes que le Gouvernement fait en sa qualité d'agent politique, que nous allons étudier dans la troisième section du présent chapitre.

Ce qui s'oppose à l'admission d'un recours juridictionnel contre les actes parlementaires, ce n'est pas leur nature,

1. De cet avis V. Duguit, *Traité*, t. III, 3^e éd. p. 659. M. G. Jèze, *R. D. P.* 1915, p. 576 et 581 et l'art. « Du contrôle des délibérations des Assemblées » dans la *R. gén. d'ad.* 1895, t. II, pr 411 et s. Signorel « Du contrôle judiciaire des actes du pouvoir législatif » *R. D. P.* 1904, p. 526.

parce que ces actes, au point de vue de leur nature intrinsèque, sont des actes administratifs, actes condition ou actes subjectifs, mais c'est bien le caractère de l'organe qui les accomplit. Ce sont des actes émanant d'une autorité, autre que l'autorité administrative. Il est certain et regrettable que dans l'Etat actuel du droit public français, aucun recours juridictionnel n'est recevable contre les actes du Parlement, et qu'aucun tribunal ne peut critiquer les décisions du Parlement. Cette irrecevabilité de tout recours contre les actes du Parlement ou d'une Chambre, a une raison purement historique, d'après laquelle le Parlement, les Chambres exprimeraient directement la volonté nationale souveraine¹.

Or les Parlements modernes ne sont que les représentants d'un certain parti politique au pouvoir et qui n'ont souvent d'autre but que d'assurer leur clientèle électorale et satisfaire leurs partisans politiques au détriment d'autres citoyens. Il serait désirable que les tribunaux soient compétents pour apprécier des actes parlementaires, même contre les actes de procédure parlementaire et les règlements inférieurs des Chambres, parce que le contrôle parlementaire, loin de pouvoir remplacer le contrôle juridictionnel, est avec la responsabilité ministérielle une garantie insuffisante des droits privés.

Section II. - Les actes du gouvernement agissent en qualité d'organe politique.

Le gouvernement agit tantôt comme *organe administratif*, tantôt comme *organe politique*. Le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable contre les actes qu'il fait comme organe politique.

1. V. Duguil, *Le droit social et le droit individuel et Les transformations de l'Etat* 3^e éd., 1922, *Préface* et p. 50. *Trailé*, t. II, 2^e éd., p. 259 et s. V. aussi G. Jèze « Le dogme de la volonté nationale et la technique politique, *R. D. P.* t. XLIV, n. 2, 1927, p. 175. V. aussi arrêt *Baudry d'Asson*, précité.

Les actes politiques sont ceux que le Chef de l'Etat fait en sa qualité de représentant de la nation pour collaborer avec le Parlement au fonctionnement de la Constitution. Ces actes, peu importe leur nature interne, constituent une autre catégorie d'actes qui par l'application des articles 9 et 26 de la loi du 24 mai 1872 ne peuvent faire l'objet du recours pour excès de pouvoir, non pas en raison de leur nature¹ ou de leur but politique², mais en raison de l'autorité politique de laquelle ils émanent, qui est le chef de l'Etat agissant comme organe politique³. Beaucoup d'auteurs contestent l'existence de ces actes, en soutenant que la théorie des actes politiques du Doyen Duguit n'est qu'une nouvelle édition de la vieille doctrine du mobile politique.

Nous verrons dans la section suivante « *Des actes de Gouvernement* », qu'entre les actes politiques et les prétendus actes de gouvernement, il y a une grande différence. Il faut dire dès maintenant que tandis que les actes de gouvernement sont de simples actes administratifs matériels et formels, et comme tels susceptibles du recours pour excès de pouvoir, les actes politiques au contraire sont des actes administratifs matériels, mais émanés du Chef de l'Etat agissant comme organe politique et comme tels non susceptibles de tout recours, même s'ils sont contraires à la loi. Les besoins et la vitalité de la nation française imposent l'existence de tels actes et si on ne peut nier leur existence, ce qui est puéril comme dit M. Michoud⁴, on ne pourra jamais nier leur utilité.

Contre les actes politiques on n'est encore arrivé à organi-

1. M. Laferrière, *op. cit.* t. II, p. 33; M. Alibert, *op. cit.* p. 71; P. Negulescu *Traité*, 3^e éd. liv. I, p. 322 et 337.

2. Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué*, 3^e éd. t. V, p. 128; Michel, *De l'idée de l'Etat*, p. 6; Marie, *Le droit positif et la juridiction administrative*, p. 188.

3. Duguit, *Traité*, t. III, 2^e éd. p. 247, et t. II, 3^e éd., p. 308 et s.; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 377 pour lequel les actes appelés les *Nothverordnungen* ne sont susceptibles du recours pour excès de pouvoir en raison du but de défense gouvernementale ou *Staatsnothrecht*.

4. V. Michoud, « Des actes de gouvernement » *Annales de l'Université de Grenoble*, 1889, t. I, p. 268.

ser jusqu'à nos jours aucune voie de droit, ni directe, ni indirecte. Seul le Parlement peut servir d'arbitre entre la loi et le péril social et juger leur opportunité.

Le Chef de l'Etat fait des actes politiques, toutes les fois qu'il intervient dans ses rapports directs avec le Parlement ou quand il agit à la place du Parlement et sous son contrôle direct.

Nous distinguerons parmi les actes politiques deux grands groupes : l'un comprenant certains actes qui prennent naissance dans l'ordre du droit public interne, l'autre certains actes qui relèvent du droit international public.

§ 1. Les actes politiques relevant exclusivement du droit interne.

*I. Les actes relatifs aux rapports du gouvernement avec les Chambres*¹. — Sont ainsi des actes politiques tous les actes accomplis par le Chef de l'Etat ou par le ministère, organe exécutif, en vue d'assurer le fonctionnement des Chambres et leur collaboration avec le Gouvernement, par exemple : les décrets de convocation des collèges électoraux pour élire les députés et les sénateurs, les décrets de ministres, les décrets de convocation, d'ajournement des Chambres législatives; les décrets prononçant la clôture de la session parlementaire, (v. loi Constitutionnelle 16 juillet 1875, art. 1 et 2), la dissolution des Chambres des députés, loi constitutionnelle 25 février 1875 art. 5¹; les décrets par lesquels le Gouvernement exerce son droit d'initiative législative, prononce la promulgation des lois (v. ci-dessus); les décrets par lesquels le Président de la République exerce son droit de dissolution de la Chambre et de veto suspensif, et qu'il a laissé tomber en désuétude. La nécessité que l'acte attaqué émane d'une autorité administrative, empêche le recours pour

1. Pour les partisans de la théorie des actes de gouvernement les actes au-dessus précités ne sont que des actes de gouvernement. V. M. Laferrière, *op. cit.* t. II, 2^e éd., p. 422. Jacquelin, *op. cit.* p. 299; Carré de Malberg, *op. cit.* t. I, p. 525 et 546 et s.

excès de pouvoir contre les actes précités ci-dessus. Il est impossible et sans raison d'admettre le recours pour excès de pouvoir contre ces actes politiques. Que deviendrait le Parlement, si chacun pouvait protester contre une convocation des électeurs ou du Parlement contre la dissolution de la Chambre des Députés? Et quelle serait la juridiction compétente?

Au fond, ces actes ne sont que des actes administratifs conditions, donc il n'y a pas un obstacle d'ordre juridique qui empêche le recours pour excès de pouvoir. Mais le seul fait qu'ils émanent d'une autorité, autre qu'une autorité administrative, suffit pour que le recours pour excès de pouvoir ne soit pas recevable, conformément à l'article 9 de la loi du 24 mai 1872.

C'est ainsi que la jurisprudence du Conseil d'Etat a décidé d'une façon constante en ce sens¹. Dans son arrêt *Jacquot*, le Conseil d'Etat a déclaré irrecevable le recours pour excès de pouvoir intenté contre le refus du Gouvernement de présenter un projet de loi non recevable². Dans le même sens il se prononce dans l'affaire *Mailre* à l'occasion de laquelle il a rejeté le recours formé contre un décret du 2 avril 1912 convoquant les électeurs sénatoriaux du département de Belfort³. Dans tous ses arrêts le Conseil d'Etat rejette le recours intenté contre ces actes sous motif qu'ils seraient des actes gouvernementaux émanant d'un organe politique.

La Haute Juridiction a tort de les appeler des actes de gouvernement. Comme nous verrons dans la section suivante dans le sens particulier que l'on donne à cette expression, les actes de gouvernement ne sont que des actes administratifs formels et matériels à la fois, contre lesquels tout recours est possible, et ne devra être rejeté que s'ils ne contiennent pas de violation du droit.

1. V. arrêts C. d'E. du 17 février 1888, *Prevost*, Rec. p. 149, D. P. 1889-3-45¹

2. C. d'E. 13 novembre 1896, *Jacquot*, D. P. 89-3-18.

3. 6 août 1912, *Mailre*, R. p. 982; V. aussi 26 janvier 1912, *Dame Marguerite Durand*, Rec. p. 108.

II. La déclaration de l'état de siège. — L'état de siège est un régime de légalité spéciale aux périodes de crise et qui consiste à augmenter temporairement les pouvoirs des autorités militaires et à substituer aux agents administratifs et aux tribunaux judiciaires, les autorités militaires et les conseils de guerre, aujourd'hui remplacés par les tribunaux militaires (V. la loi du 9 mars 1928).

L'acte de déclaration de l'état de siège est un acte administratif au point de vue matériel qui conditionne la naissance ou la modification d'une situation pour une partie ou pour la totalité du territoire de l'Etat et qui n'est susceptible en lui-même d'aucun recours juridictionnel, à raison de l'autorité politique de laquelle il émane, quelle que soit cette autorité.

L'état de siège ne peut être déclaré en France, que par une loi¹. Donc par application de la théorie des actes politiques du Doyen Duguit, que nous admettons, nous refusons le caractère d'acte politique et d'acte de gouvernement à la déclaration de l'état de siège, faite par le Parlement. C'est bien un acte législatif au point de vue formel.

Cependant, le Président de la République a reçu dans certains cas exceptionnels le droit de déclarer par décret l'état de siège. C'est au cas d'ajournement des Chambres², lesquelles se réunissent alors de plein droit deux jours après; au cas où les Chambres suspendent leurs séances pour un temps déterminé; au cas de dissolution de la Chambre des députés. Dans le dernier cas, en présence d'une guerre étrangère ou d'une insurrection, le Gouvernement doit convoquer les électeurs et réunir les Chambres dans le plus bref délai possible. Nous considérons comme acte politique l'acte de l'état de siège fait par le Président de la République dans les cas précités. Aucun recours n'est possible ni contre l'acte législatif déclarant l'état de siège fait par le Parlement, ni

1. Conformément à la loi du 3 avril 1878, art. 1; § 1 et 2.

2. Conformément à l'art. 2 § 2 de la loi const. du 16 juillet 1875, et art. 2 de la loi du 3 avril 1878. Voir aussi Pierre Eugène, *op. cit.* 2^e éd., p. 501, p. 556.

contre la déclaration de l'état de siège faite dans les cas exceptionnels précités par le Gouvernement agissant en qualité d'autorité politique et qui est un acte politique. Si le Gouvernement déclarait l'état de siège en dehors des cas prévus par la loi de 1878, par exemple par un simple décret pendant la session des Chambres, ce décret serait non seulement illégal mais aussi susceptible d'entraîner la responsabilité politique et la responsabilité personnelle des Ministres et pourrait être annulé par le recours pour excès de pouvoir.

L'état de siège déclaré par le Gouvernement, dans les cas prévus par des lois, est une mesure provisoire et faite sous la réserve de la ratification du Parlement.

Pendant ce temps, aucun recours n'est possible contre le décret déclarant l'état de siège qui est soumis au contrôle direct et immédiat du Parlement. Donc admettre un pareil recours serait illogique, inutile et même dangereux¹.

Dans le cas où le Gouvernement ne convoque pas les Chambres dans le plus bref délai pour juger de la légalité et de la nécessité de cet acte, il est illégal et pourra être attaqué par recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. Dès que les Chambres sont réunies, soit qu'elles aient été convoquées, soit qu'elles se soient réunies de plein droit, elles peuvent maintenir l'état de siège en validant l'acte du Président de la République ou le lever. Sinon, elles peuvent refuser la ratification et tous les actes pris en application de l'état de siège sont nuls conformément au principe « *quod nullum est ab initio nullos producit effectus* ».

En ce qui concerne les colonies, le Gouverneur d'une colonie pourra, sans commettre un excès de pouvoir, déclarer l'état de siège au cas de périls imminents pour la sécurité intérieure ou extérieure, conformément à la loi du 9 août 1849, au régime de laquelle elles sont soumises.

La majorité de la doctrine, en parfait accord avec la juris-

1. V. en ce sens Michoud, *op. cit.* p. 55 et s.; M. Brémont « *Des actes de gouvernement* » dans la *R. D. P.* 1896, p. 23 qui soutient le contraire.

prudence, déclare le recours pour excès de pouvoir irrecevable contre l'acte lui-même de déclaration de l'état de siège, mais admet le même recours contre les mesures prises en exécution de cet acte. C'est ainsi que les mesures prises en vertu de l'état de siège, par exemple les perquisitions, saisies des armes et munitions, interdictions de publications et de réunions; que les mesures prises pour défendre le pays contre l'invasion des épidémies et des épizooties, ou pour assurer l'alimentation en cas de famine, ou les mesures de police sanitaire, par exemple, la fermeture des débits de boissons et autres, ne sont que de simples actes administratifs formels et matériels qui peuvent comme tels donner lieu à un recours pour excès de pouvoir et à un recours en indemnité¹.

La jurisprudence du Conseil d'Etat, du Tribunal des Conflits et de la Cour de Cassation, se prononce dans le même sens². Le Conseil d'Etat déclare recevable le recours intenté par le *sieur Chéron*, propriétaire du Journal *La France Républicaine*, contre un arrêté du 11 juillet 1873 par lequel le général commandant dans le département du Rhône avait, par application de l'état de siège, sur proposition du préfet de ce département, supprimé ce journal.

Le Conseil d'Etat décide que le décret du 2 août 1914, ratifié par la loi du 5 août 1914, qui déclarait l'état de siège pour 86 départements français et le territoire de Belfort, ainsi que pour les trois départements de l'Algérie, n'était susceptible d'aucun recours juridictionnel, mais au contraire,

1. V. du même avis L. Duguit : *Traité* t. II, 2^e éd., p. 259 et s. *Traité* t. II, 3^e éd., p. 340. *Manuel de droit constitutionnel*, 4^e éd. p. 116; G. Jèze, *Principes*, 3^e éd., n. 400 et s. et « De la réparation intégrale des dommages causés par les faits de guerre » *R. D. P.* 1915, p. 1 et s.; Laferrière, *op. cit.*, 2^e éd., t. II, p. 37; Jacquelin, *op. cit.* p. 297 et 315; Bonnard, *Précis*, p. 132; Appleton, *op. cit.* p. 291; Alibert, *op. cit.* p. 69; Réglade « L'exception d'illégalité en France, *R. D. P.* 1923, p. 40 et s.; Henry « Droit à la réparation pour perquisitions faites par l'ennemi » *R. D. P.* 1915, p. 683 et s. V. en ce sens M. Michoud, *op. cit.* Brémont, *op. cit.* p. 23; Carré de Malberg, *op. cit.* t. I, p. 525 et s.

2. V. Trib. Conflits du 28 juillet 1873, *Pelletier*, S. 74-3-28; C. d'E. 5 juin 1874; *Chéron*, Rec. p. 515; 19 février 1875, *Prince Napoléon*, 20 mai 1887, *Prince d'Orléans et Prince Mural*, Rec. p. 409; 2 avril 1816, *Fontenaud*, Rec. p. 295.

le Conseil d'Etat admet le recours contre les mesures d'exécution prises en vertu de ce texte¹.

Du même avis est la Cour de Cassation en déclarant le recours intenté en matière de police sanitaire recevable². Les autorités militaires sont investies sous l'état de siège de pouvoirs de police judiciaire, conférés aux préfets des départements, et au préfet de police de Paris, par l'article 10 du Code d'instruction criminelle. Ils peuvent faire légalement des perquisitions, des saisies de lettres pour rechercher les crimes, délits et contraventions³.

Les autorités militaires n'ont pas un pouvoir discrétionnaire comme le soutiennent certains auteurs, mais elles ont certains pouvoirs exceptionnels prévus par l'article 9 de la loi du 9 août 1849 et l'art. 1 de la loi du 3 avril 1878.

III. Les décrets de grâce. — L'acte de grâce, et non l'exercice du droit de grâce, comme l'appellent certains auteurs⁴, est une décision prise par le Président de la République, contresignée par le Ministre de la Justice et dispensant un individu déterminé, condamné, de l'exécution de tout ou partie de sa peine, sans supprimer la condamnation, comme au cas d'amnistie. Le droit d'accorder la grâce appartient en France, conformément à l'article 3, § 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, au Président de la République⁵. Cette règle est contraire au principe de la séparation

1. V. C. d'E. 2 août 1915, S. 1916-3-9, 2 arrêts concl. M. Corneille, note de Hauriou, 6 août 1915, *Delmotte et Seumartin*, R. p. 275, conclus. commiss. du gouv. M. Corneille, S. 1916-3-39 avec note de Hauriou R. D. P. 1915, p. 700, note M. Jèze; 3 août 1918, *Cie des chargeurs d'Extrême-Orient*; 3 février 1922, *Mlle Metayer*, Rec. p. 110; 31 mars 1922, *Gillet*, R. p. 320; 30 novembre, *Couitias* et 31 octobre 1924, *Cotte* où il déclare le recours pour excès de pouvoir intenté contre l'enlèvement des affiches recevable, mais il a rejeté la demande en indemnité; *Musard*, 28 février 1919, S. 1924-3-51, dans ce cas le C. d'E. admet que l'autorité publique peut sans excès de pouvoir ordonner l'évacuation des régions annexées des personnes dangereuses pour la défense nationale.

2. V. Cass. crim. 23 septembre 1915, S. 1917-1-25.

3. Cass. crim. 15 février, 1918, S. 1921-1-137.

4. V. Le Courtois *Des actes de gouvernement*, p. 139 et les auteurs cités par lui.

5. En d'autres pays comme la Roumanie, ce droit appartient en vertu de la loi constitutionnelle du 23 mars 1923, art. 88, au roi. Le roi a droit de grâce

des pouvoirs, en vertu duquel aucune autorité ne peut modifier une situation légale née à la suite d'un jugement (autorité de la chose jugée). Les opinions sont divisées sur la question de savoir quelle est la nature de cet acte? Certains auteurs¹ soutiennent qu'il est un acte législatif comme en Suisse; d'autres² qu'il est un acte administratif matériel, mais émanant d'une autorité judiciaire; pour d'autres, c'est un acte de gouvernement³.

Pour M. Michoud⁴, le Chef de l'Etat, à l'occasion d'un acte de grâce, exerce un pouvoir discrétionnaire absolu, quant à l'appréciation de l'opportunité de la mesure. Or, nous verrons dans notre dernière section, qu'un pareil pouvoir n'existe pas. Cet acte n'est pas non plus un acte juridictionnel émanant d'une autorité administrative, parce que le Chef de l'Etat n'intervient pas pour résoudre une question de droit, mais pour modifier une situation légale.

Pour nous l'acte de grâce n'est ni un acte discrétionnaire, ni de gouvernement, ni législatif, ni juridictionnel, mais un acte administratif matériel et un acte politique formel, émanant du Chef de l'Etat agissant comme organe politique et comme tel échappant à tout recours juridictionnel⁵. En réalité, le Chef de l'Etat accordant grâce commet un empiètement sur l'autorité judiciaire. Il est certain qu'en accordant grâce le Chef de l'Etat doit être impartial, désintéressé, se placer en dehors de toutes luttes politiques des partis, et agir dans l'intérêt général de la Justice et de l'équité. Mais il n'est plus une personne sacro-sainte et irres-

et d'amnistie en matière politique. C'est donc un *acte politique*, non par sa nature (V. Paul Negulescu, *op. cit. loc. cit.* p. 337), mais par son *origine*. Pendant qu'en matière du droit commun, seul, le Parlement est compétent d'amnistier ou gracier; donc cesont des actes législatifs; en Angleterre à l'autorité judiciaire, en Suisse à l'autorité législative.

1. V. Sloos, *Grundzüge*, t. I, p. 450.

2. V. G. Jèze, *Les principes*, 2^e éd., p. 139 et s.

3. V. M. Carré de Malberg, *op. cit.* t. I, p. 525 et 528. Le Courtois, *op. cit.* p. 139; Paul Negulescu, *op. cit.* p. 331.

4. Michoud, « Etude sur le pouvoir discrétionnaire » dans *les Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, p. 487. Pour M. J. Renault, *op. cit.* p. 84, l'acte de grâce n'est qu'un acte discrétionnaire.

5. V. Duguît, *Traité*, t. II, 2^e éd., p. 251 et s., et t. II, 3^e éd., p. 312.

ponsable. Il peut agir sous l'impression de certains sentiments bons ou mauvais, en cherchant à se faire des adhérents politiques. On soutient qu'il agit en qualité de juge suprême. Même en cette qualité, il ne peut jamais suspendre la loi ou paralyser la décision d'un tribunal, et même s'il est impartial, il ne peut pas agir illégalement. Pour nous, nous ne voyons dans l'acte de grâce qu'une atteinte de plus, grave, au préjudice de la justice et du droit; une illégalité consacrée par la loi constitutionnelle (v. lois du 25 février 1875, art. 3, § 2), qui contribue parfois à troubler l'ordre public et qu'il faudrait soumettre au contrôle juridictionnel et par conséquent au recours pour excès de pouvoir.

Nous ne voyons pas comment un acte de grâce, pris en matière autre qu'une matière politique, considéré par une loi constitutionnelle comme un acte politique (ou de gouvernement, comme disent certains auteurs), peut intéresser la politique générale d'un pays. Ce ne sont que des actes administratifs matériels et formels, contre lesquels le recours doit être déclaré recevable.

Malgré que cet acte contribue beaucoup à l'affaiblissement du sentiment de la légalité, on n'est pas encore arrivé, ni en droit positif français, ni en d'autres droits, à instituer une action ou une exception contre lui, sans parler de la responsabilité parlementaire des Ministres, qui n'est qu'un point mort du régime parlementaire.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a rejeté le recours pour excès de pouvoir, formé contre un acte de grâce¹. C'est ainsi qu'elle s'est prononcée à l'occasion d'un recours intenté par un soldat, condamné à la peine de mort, contre le décret qui commuait cette peine en celle de vingt ans de travaux forcés, entraînant pour lui la dégradation. La décision de la haute juridiction administrative, rendue dans l'affaire *Gugel*, est d'une netteté remarquable : « Considérant, décide le Conseil d'Etat, que les actes accomplis par

1. V. C. d'E. arrêt du 7 mars 1890, D. P. 1891-3-107. L

le Chef de l'Etat, dans l'exercice du droit de grâce, ne sont pas susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat par la voie contentieuse... Rejette ».

Donc, l'acte de grâce n'est susceptible d'aucun recours contentieux, et la peine ne peut être refusée¹. Sans doute, la grâce est une faveur pour le condamné, mais elle intéresse aussi la Société, elle importe à la moralité de la peine et à la dignité de la Société. Si l'on exécutait le malheureux auquel la clémence du Chef de l'Etat a fait grâce de la vie, ce serait un suicide d'une part, et un meurtre de l'autre. La peine est acquise à la Société, et non pas au coupable. Il ne peut pas refuser la grâce qui l'atteint comme la peine, malgré lui.

Mais pour que le Chef de l'Etat ne fasse pas une arme de propagande politique de ce pouvoir de gracier, il faudra admettre, à côté de la responsabilité parlementaire du Ministre de la Justice qui a contresigné l'acte, la responsabilité personnelle de celui-ci, à moins d'admettre toute sorte de contrôle de la légalité.

Aujourd'hui, on est d'accord pour soutenir qu'aucun recours n'existe contre l'acte de grâce, en matière politique, qu'il soit appelé acte de gouvernement, acte discrétionnaire, ou acte politique. Mais est-ce qu'il ne serait pas désirable qu'un pareil recours soit introduit et contre les actes de grâce et surtout pour les cas où un tel acte pourra aggraver la situation d'un condamné?

Nous sommes d'avis que le recours pour excès de pouvoir devrait être admis en ce cas².

Mais si cette illégalité, le pouvoir de gracier, qui constitue un danger³, peut se justifier parfois par son utilité, l'intérêt social qu'il présente et par des raisons d'humanité, nous ne concevons pas le droit d'amnistie accordé au Parlement par l'article 3,

1. L'arrêt *Gugel* du 30 juin 1893, Rec. p. 544, S. 1895-3-41 ; avec une note de Hauriou et D. 1894-3-61.

2. V. du même avis M. Garraud, *Droit pénal*, t. I, p. 90 et s.

3. V. J.-J. Rousseau, *Contrat social*, p. 324.

§ 2, Constitution du 25 février 1875, et qui constituait un encouragement aux crimes, pillages et désordres. De même que l'amnistie, la *grâce amnistiante* créée par les lois du 24 octobre 1919, art. 3, § 1, du 29 avril 1921, art. 16 et du 21 octobre 1922, art. 2, par laquelle le Parlement accorde l'amnistie à certains délinquants bénéficiant d'un décret de grâce, est un acte législatif et non politique, et comme tel échappe au recours pour excès de pouvoir.

§ 2. Les actes diplomatiques

Ce sont des actes concernant la sûreté extérieure d'un pays et ses rapports internationaux avec d'autres pays. L'activité diplomatique se manifeste par des actes juridiques, des conventions qui portent le nom de *traités*; mais aussi par des opérations matérielles, comme par exemple les négociations; les instructions, la correspondance envoyées aux agents diplomatiques ou consulaires. Contre tous les actes diplomatiques, le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable, non pas à raison de leur nature, comme dit le Conseil d'Etat, (à ce point de vue ils sont, soit de simples opérations matérielles, soit des actes administratifs, comme par exemple : la déclaration de guerre, de blocus, de neutralité, etc.), mais à cause de l'autorité politique de laquelle ils émanent.

Au début, la jurisprudence fut très rigoureuse, en déclarant irrecevable tout recours juridictionnel, non seulement contre les actes diplomatiques eux-mêmes, mais aussi contre tous les actes faisant corps avec eux et contre toutes les mesures d'exécution ou d'application directe des actes diplomatiques, de même que tout recours en indemnité pour les préjudices causés par la faute personnelle d'un agent diplomatique¹.

1. V. arrêts C. d'E. 2 janvier 1867, *Radziwill*, *Rec.* p. 94, 23 juillet 1875, *Villebrun*, *R.* p. 717; 2 janvier 1877, *Dupuy*, *D. P.* 1877-3-27; *Trib. Conflits*

Le Conseil d'Etat déclare le recours intenté contre un acte s'appuyant sur un traité de protectorat irrecevable « parce que, pour lui, un traité de protectorat constitue un acte de puissance souveraine, dont les conséquences ne peuvent donner ouverture à aucune réclamation contre l'Etat par voie contentieuse¹ ». La même solution fut donnée pendant longtemps par le Conseil d'Etat en matière de *protection diplomatique* des ressortissants français, c'est-à-dire qu'il rejette le recours formé contre les décisions que prend une autorité française, faisant application en France d'une convention diplomatique, ces décisions sont parfois des actes administratifs proprement dits et le recours devrait être déclaré recevable contre elles.

C'est ainsi que s'est prononcé le Conseil d'Etat dans son arrêt du 12 février 1904 (Rec. p. 105); dans cet arrêt, il a rejeté le recours intenté contre la décision du Ministre des Affaires étrangères, confirmant la décision du Consul de France à Smyrne retirant à un individu la protection française. La même solution fut donnée par la haute juridiction en matière d'*expulsion* et de *repatriement*, par un consul français d'un national ou d'un sujet séjournant à l'étranger, de même en matière d'*extradition*³. Non seulement le Conseil d'Etat se refuse à juger la légalité d'un acte diplomatique, mais il se refuse encore à accorder une indemnité à l'occasion d'un acte diplomatique, soit que la partie prétende y avoir droit en vertu des dispositions d'un traité³, soit par suite d'un préjudice à lui causé, par un traité⁴. La jurisprudence

30 juin 1877, *Villebrun*, R. 661; 22 décembre 1904, *consort. Poujade*, S. 1906-3-158; D. P. 1906-3-63 conclus. commiss. gouvern. M. Teissier; 12 mai 1911, *époux Olszewski*, S. 1913-3-165. Ces arrêts sont confirmés même par des arrêts récents : C. d'E. 27 janvier 1922, *Tramways de Shanghai* Rec. 81; 22 juillet 1922, *Huter*, Rec. 727; 27 décembre 1922, *Foltzer*; 23 juillet 1924, *Pau-lot*, R. p. 922.

1. V. les arrêts du C. d'E. du 1^{er} février 1851, *Lucas*, Rec. p. 85; 18 décembre 1891, *Vandelat*, R. p. 754; l'affaire *Humblot*, 5 juin 1907, R. p. 637, S. 1909-3-140; 15 mars 1915, *Tranchesse*, Rec. p. 78.

2. V. C. d'E. 31 mai 1918, *Bastide*, Rec. p. 525; 22 juillet 1921, *Huter*, R. p. 727; 13 juillet 1923, *Kiel*, R. p. 564.

3. C. d'E. arrêt *Balechat*, 9 janvier 1925, D. H. 1925, P. 123.

4. 18 novembre 1869, *Jecker*, R. p. 890.

du Conseil d'Etat décide que le requérant doit s'adresser généralement à l'administration active. Si l'administration refuse de faire droit à sa demande, il peut déférer alors au Conseil d'Etat la décision administrative de rejet et non pas l'acte diplomatique lui-même qui émane de la puissance souveraine et dont les conséquences ne peuvent par elles-mêmes donner ouverture à aucune réclamation contre l'Etat par la voie contentieuse¹.

La jurisprudence du Conseil d'Etat, partant de cette conception très restreinte des actes diplomatiques, a évolué dans le sens d'un élargissement des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, et vers la réduction des actes diplomatiques.

Elle est restée fidèle à sa pratique antérieure en déclarant encore aujourd'hui tout recours intenté contre les actes diplomatiques eux-mêmes irrecevable². Mais le Conseil d'Etat fait la distinction entre *les actes diplomatiques* contre lesquels aucun recours n'est admissible, et les actes ou *les mesures d'exécution prises en vertu de ces actes* et contre lesquels il admet le recours en annulation. Le début de cette évolution date des affaires *Calédonie*, *Goldschmidt*, *Strauss* et *Dame Caraco*³.

Dans l'affaire *Dame Caraco*, le Conseil d'Etat déclare qu'une convention franco-tunisienne du 22 janvier 1924

1. V. C. d'E., 23 juillet 1871, *Villebrun*; 5 décembre 1884, *Société anonyme belge des chemins de fer*, R. p. 885, à l'occasion duquel il a rejeté la demande en indemnité pour les préjudices causés à un concessionnaire de chemin de fer, à la suite de la modification des frontières résultant du traité de Francfort; aussi 14 novembre 1923, *Dame Lauhier*, R. p. 723.

2. V. 23 juillet 1924, S. 1926-3-55, D. H. 1924, P. 641 dans ce cas le C. d'E. a décidé qu'il n'appartient pas à lui d'apprécier le sens et la portée des clauses de l'armistice du 11 novembre 1918, conclu entre l'Allemagne et les puissances alliées et suivant le débat de l'interprétation donnée par l'Etat français aux clauses de ce traité. Voir aussi l'arrêt *Dame Caraco* du 5 février 1926. D. H. 1926, p. 168, D. P. 1927-3-1. *Balechat*, 9 janvier 1925. D. H. 1925, p. 123.

3. Voir arrêts C. d'E. du 16 juillet 1920, *Calédonie*, R. 706; 27 juin 1924, *Goldschmidt et Strauss* à l'occasion duquel le C. d'E. a déclaré le recours des dits S. intenté contre les mesures prises par le gouvernement français pour déterminer les ayants droit aux avantages stipulés dans l'art. 68 du traité de Versailles, recevable parce que ces mesures prises par le gouvernement sont absolument indépendantes du traité lui-même.

n'est pas susceptible d'être attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, en raison de son caractère diplomatique, pas plus que le décret du 28 janvier 1924, en tant qu'il ratifie cette convention; mais il considère comme acte distinct, les dispositions du même décret qui fixent la compétence de la Commission supérieure des bénéfices de guerre et décide que le recours pour excès de pouvoir est recevable contre ces dispositions.¹ Il est regrettable que le Conseil d'Etat, dans l'affaire *Balechat*, ait refusé à tort d'apprécier la légalité d'un acte qui assurait uniquement l'exécution des stipulations d'un traité dans les rapports de l'administration et d'un particulier à l'intérieur du pays et qui était un simple acte administratif susceptible, selon nous, d'être attaqué par le recours pour excès de pouvoir².

Cette manière de voir, consacrée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, fut depuis très longtemps défendue par le doyen Duguit³, et dans ce sens est aujourd'hui la majorité de la doctrine⁴. Malgré tout cela, certains auteurs déclarent que sont des actes de gouvernement, non seulement les actes qui sont faits en leur exécution⁵. Il faut féliciter la jurisprudence du Conseil d'Etat qui est arrivée aujourd'hui à un degré assez avancé de son développement vers l'élargissement du recours pour excès de pouvoir, en se montrant plus rigoureuse pour le principe de la légalité et en admettant

1. C. d'E. 5 février 1926, *Dame Caraco*, D. P. 1927-3-1; D. H. 1926, p. 168.

2. V. arrêt *Balechat*, 9 janvier 1925, D. H. 1925, p. 123, à l'occasion duquel le C. d'E. admet d'examiner le recours en indemnité basé sur un traité, mais il déclare irrecevable le recours formé contre une décision du Ministre de la Guerre, prise par l'application du paragraphe 4 de l'annexe 1 à la partie 8 du traité de Versailles écartant le S. B. du bénéfice de cette disposition sous motif « qu'une telle décision n'est pas susceptible en raison de sa nature d'être déférée au C. d'E. statuant au contentieux. » Il nous semble qu'il devait se déclarer compétent en examinant cette décision administrative.

3. V. Duguit, *Traité*, t. II, 2^e éd., p. 263, t. II, 3^e éd., p. 343.

4. M. Michoud, *op. cit.* p. 320; Appleton, *op. cit. loc. cit.*

5. V. M. Laferrière, *op. cit.* t. II, 2^e éd., p. 48; Hauriou, *op. cit.* 11^e éd., p. 391; M. Bonnard, *Précis*, p. 132; M. Paul Negulescu, *Traité*, 3^e éd., t. I, p. 333; Le Courtois, *op. cit.* p. 186; Alibert, *op. cit.* p. 77; M. Carré de Malberg, *op. cit.* t. I, p. 529; P. Dareste, *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, p. 41 et s.

le recours contre les actes et décisions que prend une autorité française faisant application en France d'une convention diplomatique.

La jurisprudence administrative et judiciaire a commencé d'autre part à mettre un frein à l'arbitraire des agents diplomatiques, en déclarant que les actes accomplis par eux en leur qualité d'officier d'état civil, sont soumis au contrôle de Tribunaux judiciaires et que si un agent diplomatique ou consulaire refuse de célébrer un mariage pour des raisons diplomatiques graves, il n'y a aucune faute personnelle à la charge de l'agent; mais les tribunaux judiciaires, en vertu de l'article 49-54, du Code civil, sont compétents pour statuer sur la légalité et la gravité des motifs, mais ne peuvent les condamner à des dommages-intérêts, qu'au cas d'un refus arbitraire. C'est ainsi que le tribunal des Conflits a décidé dans l'affaire *Rouzier*¹. Il s'agissait d'un refus du Ministre de France à Haïti, de célébrer le mariage d'un Français, le sieur Rouzier, avec une Française, en motivant que des considérations d'ordre politique ne lui permettaient pas de le célébrer. M. Rouzier, après avoir fait célébrer son mariage en France, a intenté une action en responsabilité pour préjudices pécuniaires et moraux, à lui causés, en estimant qu'il y avait faute personnelle de l'agent.

Le tribunal des Conflits déclare que les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour apprécier la légalité des actes de l'état civil émanant des agents consulaires et diplomatiques et pour les condamner s'ils constatent une illégalité flagrante ou une désobéissance à la loi en voulant se substituer au législateur. De plus, encore, la haute juridiction administrative, admet le recours pour excès de pouvoir contre les négligences imputées à des agents diplomatiques ou consulaires, par exemple, pour n'avoir pas protégé des ressortissants français².

1. C. d'E. 25 mars 1911, *Rouzier*, S. 1911-3-105 avec conclus. du commis. du gouv. M. Chardenet, et note de Hauriou.

2. V. C. d'E. 1^{er} août 1919, *Camvanbergher*, R. p. 710; 7 août 1920, *Gond*; à l'occasion duquel le C. d'E. a déclaré recevable le recours intenté par un of-

En matière d'*expulsion* ou de *rapatriement*, où le Gouvernement, aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre, vis-à-vis des étrangers, ce pouvoir et qui peut l'exercer, soit par voie administrative en motivant sa décision, soit en internant la personne à la suite d'un jugement d'un tribunal répressif (non arbitrairement, comme l'administration l'a fait dans le cas de l'arrêt *Grady* du 4 janvier 1928. Rec., p. 50), le Conseil d'Etat a réalisé de grands progrès par la reconnaissance du principe de la légalité et de responsabilité, auquel doivent être soumis les actes des agents diplomatiques¹. En ce qui concerne la pratique de l'extradition, laissée autrefois à la discrétion du Gouvernement, la loi du 10 mars 1927² a substitué le contrôle juridictionnel à l'arbitraire administratif³. D'autre part, le Conseil d'Etat s'est aperçu que le service diplomatique est un service comme tous les autres et qu'il n'y a pas de raisons de le soumettre à un régime séparé et c'est pourquoi il est arrivé à reconnaître et à consacrer d'une façon définitive la responsabilité de l'agent diplomatique ou de l'Etat pour les préjudices causés à l'occasion d'un acte diplomatique⁴.

Donc le Conseil d'Etat admet la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés à des particuliers nationaux pour renforcer le droit de propriété ou la solidarité nationale, mais non pour les dommages causés aux nationaux dans les pays ennemis, si ce n'est au cas de violation des lois et coutumes de la guerre. Quant aux dommages causés à ces nationaux résultant d'une guerre sur le territoire national, on vota la loi de 1919, sur la répartition intégrale des dommages

ficier français S. G. rapatrié de Bulgarie à travers la Russie et qui se plaignait de n'avoir pas été protégé par les agents diplomatiques contre les représentants des Soviets.

1. V. C. d'E. arrêt du 8 décembre 1882, *Laffon*, R. p. 983; 8 août 1888, *Richard c. ministre des aff. étr.*; 26 décembre 1902, *Rapi*, R. p. 793; 4 décembre 1925 *Colrat*; Voir dans le sens contraire M. Lapradelle, « Du caractère discrétionnaire de la protection diplomatique. » *R. D. P.* 1906, p. 545.

2. V. la loi du 10 mars 1927, dans *J. off. du 11 mars 1927*.

3. V. M. Donnedieu de Vabres « Le régime nouveau de l'extradition d'après la loi de mars 1927 » dans *R. D. I. P.*, 1927, p. 170 à 192.

4. V. arrêts C. d'E. 5 décembre 1884, précité; 30 novembre 1923, S. 1923-3-57, note de M. Hauriou, D. 1923-3-59.

de guerre. Mais la haute juridiction administrative se voit obligée de reculer devant sa décision dans l'arrêt *Couiléas*, précité, parce que les charges de l'Etat seraient très lourdes.

Nous voyons le Conseil d'Etat revenir aux décisions antérieures et refuser toute indemnité résultant d'un traité¹.

Il nous semble qu'il reviendra au principe établi par l'arrêt *Couiléas*, ou bien qu'il sera obligé de reconnaître et de déclarer l'Etat responsable, mais seulement pour les cas prévus spécialement par des lois.

Un principe certain est que, ni les tribunaux administratifs, ni les tribunaux judiciaires d'un Etat, n'ont qualité pour annuler un traité, quel qu'il soit.

Mais de là ne résulte pas, qu'aucun tribunal ne peut interpréter une convention diplomatique. D'après certains auteurs, Brémont, les traités ne sont que des contrats et, par conséquent, aucune interprétation obligatoire pour les intéressés ne peut résulter que d'un nouvel accord synallagmatique; d'autres, au contraire, soutiennent que les traités ne sont que de véritables lois et non des contrats et que l'autorité judiciaire sera la seule compétente pour les interpréter, comme elle fait pour une loi ordinaire ou règlements².

Pour nous, ces deux théories ne sont pas fausses, mais trop exclusives. Nous ne repoussons, ni la notion du traité contrat, ni celle du traité loi, pour soutenir que les traités seraient des actes de gouvernement³.

Notre opinion est qu'il y a des *traités loi ou unions*⁴, (par exemple Union P. T. T.; pacte du traité de Versailles),

1. V. en ce sens C. d'E. arrêts du 9 janvier 1925, *Balechat*, précité; 5 mars 1926, D. H. 1926, p. 208; 5 mars 1926 D. H. 1926, p. 207; 24 décembre 1926, S. 1927-3-23.

2. Béquet, note sous Cassat. crim. 27 juillet 1877, S. 1887-1-485; M. Laferrière, *op. cit.* t. II, p. 50 et s.; M. David, *De l'interprétation des traités diplomatiques*, p. 51, soutient au contraire que les traités sont des actes administratifs.

3. M. Carré de Malberg, *op. cit.* t. I, p. 525; Le Courtois, *op. cit.* p. 181; P. Negulescu, *op. cit.*, éd. cit., p. 333.

4. V. Duguit, *Traité*, t. II, 2^e éd., p. 261 et s., et t. I, 3^e éd., p. 380; Jellinek, *System des subjectiven öffentlichen Rechte*, p. 194 et s.; M. Réglade, « De la nature juridique des traités internationaux. » *R. D. P.* 1924, p. 505 et s., et *De la nature juridique de l'acte d'association*, p. 13 et s.

et des *traités contrals* (exemple traité de paix, d'alliance, de protectorat, de cession de territoire, etc.). Les uns et les autres ne sont assimilés aux lois de droit interne qu'après qu'ils sont ratifiés et régulièrement promulgués¹ et comme tels, les tribunaux de tous ordres, judiciaires ou administratifs, peuvent pour la solution des litiges rentrant dans leur compétence, interpréter les clauses obscures ou équivoques des traités, affectant des droits pécuniaires, où l'Etat est la partie en cause, à condition que l'interprétation ne puisse avoir aucune conséquence sur l'application intégrale de ce traité, ni aucune conséquence sur les relations diplomatiques. Pour les traités internationaux considérés comme contrats synallagmatiques entre deux Etats, ces traités ne peuvent être l'objet, que d'une interprétation officielle bilatérale émanant de ces Etats. Mais ils peuvent donner lieu à une interprétation administrative unilatérale, émanant du gouvernement de chacune des deux puissances, pouvant servir de guide aux administrations et aux tribunaux de ce gouvernement.

Les tribunaux judiciaires internes ont toujours l'obligation comme gardiens des droits privés, d'interpréter les clauses des traités relatives à ces droits. La jurisprudence du Conseil d'Etat, comme nous allons le voir, est en contradiction directe avec celle de la Cour de cassation en cette matière. Tandis que la Cour de cassation, dans sa jurisprudence, fait la distinction entre l'application d'un traité et son interprétation, le Conseil d'Etat ne la fait pas. D'après la jurisprudence de la Cour de cassation qui est confirmée par d'innombrables arrêts, les tribunaux judiciaires sont compétents pour appliquer et interpréter un acte diplomatique au cas où cet acte concerne des intérêts privés, mais les tribunaux n'ont aucun droit de fixer le sens et la portée au

1. V. en ce sens, M. Réglade, *op. et loc. cit.*; M. Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p. 587. La doctrine allemande soutient que les traités sont obligatoires pour l'Etat comme règle de droit international et non comme règle de droit interne. V. Noël, *De l'autorité des traités comparée à celle des lois*. Thèse Paris 1922. Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, éd. fr. t. II, p. 485 et s.

point de vue international et public¹. Certainement, si les conventions diplomatiques ne sont que de simples actes administratifs, les tribunaux judiciaires n'ont pas compétence pour les interpréter, de même qu'il ne leur appartient pas d'interpréter des actes administratifs proprement dits, c'est-à-dire de fixer leur sens ou de se prononcer sur leurs légalités.

Le Conseil d'Etat, non seulement n'admet pas le recours pour excès de pouvoir contre les actes diplomatiques à raison de l'organe duquel ils émanent, mais encore ne fait pas, comme la Cour de cassation, la distinction entre l'application du traité et son interprétation. Il continue à rejeter le recours qui soulève une question d'interprétation gouvernementale d'un traité diplomatique général ratifié en soutenant que ces actes sont des actes législatifs et comme tels s'imposant aux tribunaux. La haute juridiction administrative devrait admettre aussi le recours indirect, par voie d'exception, contre les conventions diplomatiques ratifiées par le Parlement ou Gouvernement et qui, par la ratification, sont devenues de véritables lois de droit interne du pays.

Il est regrettable et critiquable que le Conseil d'Etat ne soit pas encore arrivé à s'inspirer de la jurisprudence de la Cour de cassation et qu'il ne se reconnaisse pas au moins le droit d'appliquer un traité, c'est-à-dire d'annuler par la voie du recours pour excès de pouvoir l'acte d'interprétation qui lui est contraire et qu'il renvoie le requérant devant le Gouvernement pour obtenir l'interprétation, qu'il a l'obligation de faire pour guider l'administration, sans aucun effet pour les relations extérieures, d'autant plus qu'il déclare le recours recevable contre les actes d'exécution déstraîtés et que l'interprétation peut être considérée comme un acte d'exécution.

On refuse le contrôle juridictionnel des traités non seulement pour ne pas compromettre les relations internationales

1. V. arrêts de la Cour de Cassation du 7 mars et 23 février 1912; 18 mars 1913; D. P. 1915-1-81; civ. 2 juin 1923 D. P. 1923-2-217 avec note de M. Pic; crim. 22 mars et 9 août 1923; *Thyssen et Krupp*, S. 1924-1-89 D. P. 1923-1-121; civ. 2 février 1925-1-17 avec la note de M. Pillet.

entre les Etats, mais pour des considérations d'opportunité politique, parce qu'il n'y a pas d'organe judiciaire dont la compétence s'impose entre les Etats¹.

Les tribunaux français qui n'ont aucun droit de juridiction sur les gouvernements étrangers qui ont pris part aux traités, ne peuvent, ni annuler les traités, ni statuer sur l'étendue des obligations réciproques qui en découlent pour chacun des gouvernements contractants.

Pour avoir un juge compétent, il faudrait qu'une juridiction internationale suprême, par exemple la Cour de Justice Internationale de la Haye, soit placée au-dessus des parties en cause et que sa compétence soit obligatoire et non seulement facultative².

Dans quelques cas, la Cour de Justice Internationale de la Haye a une compétence obligatoire et a rendu même des arrêts obligatoires³.

Malgré toutes les critiques adressées par différents auteurs contre l'existence des actes politiques, il faut dire que ces actes sont très utiles et justes. Il ne s'agit pas d'une introduction arbitraire d'empirisme politique, comme dit M. Jèze, mais il s'agit d'un principe absolument légal conformément aux principes de la légalité.

Peu importe le nom qu'on leur donne, soit qu'on les appelle des actes politiques, soit autrement, ils existent et personne ne peut nier le fait⁴.

Mais si nous préférons les nommer actes politiques, émanant du Chef de l'Etat agissant comme tel, c'est pour donner

1. V. en ce sens de Vissher « Les gouvernements étrangers en justice. » *R. D. I.* 1922, p. 300; L. von Praag « L'immunité de juridiction des Etats étrangers et l'examen des actes de puissance publique par les tribunaux. » *R. D. I.* 1923, p. 436 et s.

2. Conformément à l'art. 14 du Pacte de la Société des Nations et l'art. 36 du Statut de la Cour de Justice. V. aussi M. Politis, *La justice internationale*, 1924, p. 169 et s., et Politis et Jèze et Basdevant « La compétence des juridictions internationales. » *R. D. P.* 1927, p. 46 et s.

3. V. Blociszewski « De la compétence de la Cour permanente de justice internationale. » *R. D. I.*, p. 23 à 46.

4. V. G. Jèze, *Principes*, 3^e éd., t. I, p. 392.

une base légale à l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir, qui est la qualité de l'auteur de l'acte.

Section III. — Les actes de gouvernement et les actes discrétionnaires.

Nous avons démontré jusqu'ici que la fonction administrative se caractérise et doit être définie, dans un Etat de droit ou légal, par sa subordination à la loi. D'après certains auteurs, il y aurait cependant toute une partie, fort importante, de la fonction administrative qui demeurerait placée en dehors de toute légalité.

§ 1. La prétendue théorie des actes de gouvernement

Les actes de gouvernement sont des actes administratifs formels et matériels contre lesquels les recours par voie d'action ou d'exception sont recevables, mais contre lesquels, on disait qu'ils n'étaient pas recevables à raison du but gouvernemental poursuivi par l'auteur de l'acte.

Beaucoup d'auteurs confondent comme nous l'avons démontré, les actes politiques avec les actes de gouvernement. D'autres confondent les actes dits de gouvernement avec les actes discrétionnaires.

C'est d'après nous une grande erreur. Les actes dits gouvernementaux sont des actes administratifs susceptibles de tout contrôle juridictionnel et qui doivent être légaux. Le Gouvernement en les faisant est lié par la loi, qu'il doit respecter, tandis que dans le cas *des actes discrétionnaires* qui ont aujourd'hui presque complètement disparu, on dit que le Gouvernement ou l'administrateur ont un pouvoir de libre appréciation. Cet acte ne peut être illégal, parce qu'aucune disposition légale n'existe et ne s'impose à l'auteur de l'acte.

D'autre part, *la théorie des pouvoirs de guerre* est autre

chose que celle des actes de gouvernement. Les actes faits en vertu de la première théorie peuvent dans une certaine mesure dépasser la légalité faite pour le temps de paix. Mais l'autorité juridictionnelle doit examiner si l'autorité qui a fait l'acte n'a pas dépassé la légalité au delà de ce qui doit être nécessaire. Contre les actes faits en vertu des pouvoirs de guerre tout recours est recevable. Ici encore il ne s'agit plus d'une question de recevabilité de recours pour excès de pouvoir, mais d'une question de fondement.

Si nous admettons des exceptions aux principes de la légalité formelle, par exemple les actes réglementaires, à raison de multiplicité des services et d'attributions, nous ne pouvons guère concevoir, et moins encore admettre, qu'une autorité de l'Etat puisse prendre une décision individuelle au delà de la loi ou contrairement à elle. Certains auteurs, comme nous le verrons, soutiennent que ces actes échappent au recours pour excès de pouvoir à cause de leur nature. Or, nous savons qu'ils sont de la même nature que tous les autres actes administratifs et que le Gouvernement, en les faisant, agit comme autorité administrative. Donc il n'y a pas de discussion possible sur la recevabilité du recours contre de pareils actes. La jurisprudence du Conseil d'Etat, rejetant le recours pour excès de pouvoir contre les actes de gouvernement viole le principe de la légalité matérielle, qui dans le cas des actes politiques, est respecté, mais est dépourvu de toute sanction juridictionnelle. Notre intention n'est pas d'étudier dans leur intégrité les ingénieuses théories des actes de gouvernement, ni d'examiner la manière dont elles se justifient par leurs origines historiques, et dont elles ont évolué, tant en doctrine, qu'en jurisprudence, ni d'indiquer les critères sur lesquels elles reposent et les conséquences dangereuses qui en résultent.

Nous nous limiterons à examiner ici les points suivants :

1^o *Quelle est la base légale de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les prétendus actes de gouvernement?*

2° *Quel est le domaine de cette irrecevabilité?*

D'abord :

1° *Quelle est la base légale de l'irrecevabilité de recours contre les actes de gouvernement? Est-ce qu'il y a un texte sur lequel est fondée cette irrecevabilité?*

Certains auteurs soutiennent que le principe de l'irrecevabilité a une base légale et que cette base trouve son existence dans l'article 26 de la loi du 24 mai 1872, qui prévoit que les Ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits les affaires portées devant la section du contentieux, et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. Notamment, M. Appleton, s'exprime ainsi : « qu'on ne peut pas condamner entièrement la théorie des actes de gouvernement, parce qu'elle a une base légale dans les textes de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872¹ »; M. Alibert², qui trouve l'origine de ces actes dans le même texte précité, déclare franchement qu'ils ne cadrent pas avec la Constitution française, que ces actes ne peuvent se justifier que par la nécessité ou par la raison d'Etat. Nous verrons que cette conception, très ancienne, est complètement écartée par le Conseil d'Etat. M. Bonnard³ écrit très justement que la jurisprudence, quand il s'agit d'un acte de gouvernement, se base sur des raisons d'opportunité et non sur un texte quelconque.

Mais que signifie ce texte, article 26, loi 24 mai 1872 qui n'est que la reproduction de l'article 47 de la loi du 3 mai 1849? Nous sommes d'avis avec le Doyen Duguit⁴ que ce texte ne prévoit que les actes politiques. Et, il veut dire que lorsque le Gouvernement voit qu'un acte politique

1. V. M. Appleton, *op. cit.* p. 301 ; R. Jacquelin, *op. cit.* p. 304 ; Hauriou, *op. cit.* 10^e éd., p. 431 ; P. Negulescu, *op. cit.* 3^e éd., liv. 1, p. 474 ; et « La théorie de l'acte de gouvernement. » *R. D. P. R.* 1926, n. 4, p. 520 ; Carré de Malberg, *op. cit.* t. I, p. 529 et 547.

2. M. Alibert, *op. cit.* p. 70 et s.

3. M. Bonnard R., *Précis*, p. 131 et s.

4. V. Duguit, *Traité*, t. III, 2^e éd., p. 690. V. le texte de l'art. 26 de la loi du 24 mai 1872 « Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux actif. »

a été soumis au recours pour excès de pouvoir, il peut demander au Conseil d'Etat de se dessaisir de l'affaire et, s'il se déclare compétent, le Ministre peut revendiquer l'affaire devant le Tribunal des Conflits.

Après avoir vu que la théorie des actes de gouvernement n'a aucune base légale et qu'elle est en contradiction avec le principe de la légalité et avec le progrès fait par la jurisprudence en cette matière, nous nous demandons :

2° *Quel est le domaine de l'irrecevabilité de ces actes?*

Si les auteurs, en partie, ont été d'accord sur la prétendue base légale des actes de gouvernement, ils n'ont jamais pu arriver à établir quel est leur domaine.

Nous n'avons, ni la moindre intention de rechercher le critérium d'après lequel on peut distinguer l'acte de gouvernement de l'acte administratif, ni de fixer la liste des prétendus actes de gouvernement formulée par divers auteurs.

Nous montrerons très rapidement quelle fut l'attitude de la jurisprudence et de la doctrine à l'égard de cette théorie, et quel fut le critérium d'après lequel elle a fait la classification de ces actes jusqu'à nos jours, où elle les rejette complètement.

Avec l'évolution et le développement de la jurisprudence du Conseil d'Etat on trouve plusieurs conceptions successives sur l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre ces actes.

La première conception fut celle basée sur la doctrine de Vivien¹ qui légitime l'acte de gouvernement par son but politique, ou mobile politique, et c'est à cette raison qu'on considère ces actes de n'être susceptibles d'aucun contrôle juridictionnel².

La jurisprudence, sous l'influence de M. Laferrière et de l'ensemble de la doctrine, comprenant que cette théorie

1. Vivien, *Etudes administratives*, t. I, p. 29 et s.

2. Le C. d'E. fait application de cette conception dans son arrêt du 9 mai 1867, expulsion du Prince Napoléon, R. 872; du même avis furent aussi les juristes; Dufour, *Traité*, 3^e éd., p. 128 et 600; Michel, *De l'idée de l'Etat*, introduction, p. 6; Renault, *Des actes discrétionnaires*, p. 69 et s.

est éminemment dangereuse, et qu'elle servait au Gouvernement à soustraire ses actes à tout contrôle, lorsqu'il invoquait un but politique, ou la raison d'Etat, a remplacé cette conception de base de l'acte de gouvernement par un argument tiré d'un texte, pour donner une apparence légale aux actes de gouvernement. Le Conseil d'Etat et les partisans des actes de gouvernement à base nouvelle ont invoqué, pour justifier l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre ces actes, l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872. On disait qu'*administrer*, et *gouverner* sont deux choses différentes. *Gouverner*, c'est pourvoir, par des actes de principe, à la marche des services publics et à la sécurité intérieure et extérieure.

Administrer, c'est assurer l'application journalière des lois et le fonctionnement ordinaire des services publics. Or les autorités administratives, lorsqu'elles gouvernent, cessent d'être des autorités administratives pour devenir des autorités gouvernementales.

Donc, on a cherché à distinguer les actes de gouvernement d'après la nature de leurs matières, en soutenant que la fonction gouvernementale est distincte de la fonction administrative. Et par conséquent, en vertu de l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872, les actes des autorités gouvernementales ne sont plus susceptibles du recours, puisque ce texte ne vise que les actes des autorités administratives. La jurisprudence du Conseil d'Etat et celle du Tribunal des conflits a fait application de cette théorie dans leurs décisions¹. Cette conception nouvelle inspirée par le vice-président du Conseil d'Etat, M. Laferrière, fut adoptée par une grande partie de la doctrine².

1. V. Trib. des Conflits du 5 novembre 1880, *Marquigny*, D. 80-3-127; 20 novembre 1880, S. 80-3-85; V. aussi C. d'E. 20 mai 1887, *Henry d'Orléans, duc d'Aumale*, S. 98-3-19, dans le même sens les concl. du commissaire du gouvernement Valabreque sous Trib. des Confl. affaire *Dufeuille, Préfet de Police*, 1^{re} espèce, et commis. du gouvernement Marguerie, 2^e espèce, *Usennas-Joris c. Lefebvre*, 25 mars 1889, S. 1891-3-37.

2. V. Laferrière, *op. cit.* 2^e éd., t. II, p. 31 et 32 qui, après avoir conclu que les actes de gouvernement ne sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir,

On disait que l'exécutif est investi d'une double mission administrative et gouvernementale. Or, l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, décide que sont seuls susceptibles de recours pour excès de pouvoir, les actes émanant des autorités administratives et non des autorités gouvernementales.

Cette construction très célèbre des actes de gouvernement était impossible à appliquer et fut très vivement critiquée par les plus grands jurisconsultes français et étrangers. Elle ne repose sur aucun texte, ni aucun motif sérieux, et ne peut avoir d'autres résultats que l'arbitraire le plus regrettable. Nous ne concevons comment, dans un Etat de légalité, peuvent exister des actes échappant au contrôle de la légalité. Pour nous, les actes de gouvernement doivent y être soumis comme tous les autres actes administratifs.

Nous disons, avec M. Michoud, que « les actes de gouvernement, comme les actes administratifs proprement dits, échappent au recours pour excès de pouvoir, parce qu'ils ne contiendront ni violation de droit, ni excès de pouvoir, et non à cause de leur caractère gouvernemental », parce qu'il n'y a, entre les deux catégories, aucune différence juridique¹.

Aujourd'hui, cette théorie inutile et dangereuse des actes de gouvernement est repoussée par la jurisprudence et par une grande majorité des auteurs². Notamment M. Ber-

s'exprime en ces termes : « Il ne faut pas conclure de là que tout acte du pouvoir exécutif inspiré par des considérations d'ordre politique gouvernemental, soit par cela seul un acte de gouvernement contre lequel les citoyens n'auraient aucun recours d'ordre jurid. La compétence dépend de la nature des actes et non des mobiles qui les inspirent. L'acte d'administration fait dans un but politique ne cesse pour cela d'être un acte d'administration et de relever du juge administratif. » V. aussi Aucoc, *Conférences administratives*, 3^e éd., t. I, n. 4 et 38, et *Rév. Critique* 1883, p. 266; Ducrocq, 7^e éd., *op. cit.*, t. I, p. 28; Batbié, *Traité*, t. II, p. 5; Marie, *Le droit positif et la juridiction administrative*, p. 88; Dareste, *La justice administrative*, 2^e éd., p. 222, Teissier, *op. cit.* p. 42 et 135; Alibert, *op. cit.* p. 64; Jacquelin, *op. cit.* p. 299 et 316; Hauriou M., *Précis*, 11^e éd. p. 396; P. Negulescu, *Tratat*, p. 322 et *R. D. P. R.* 1926, p. 518 et s.; Otto Mayer, *op. cit.* éd. fr. t. I, p. 10.

1. Michoud, Des actes de gouvernement « dans *Annales de l'Université de Grenoble* » 1889, t. I, p. 283.

2. V. Duguit, *Traité*, t. III, 2^e éd., p. 685 et s.; Jèze, *Principes*, 3^e éd., t. I, p. 400; Année administrative, 1904, p. 85; Gautier, *Précis des matières administratives*

thélémy qui s'exprime en termes suivants : « De deux choses l'une : ou bien ces mesures sont conformes à la loi, et alors nous ne voyons pas qu'il y ait à faire de différence entre elles et les actes d'administration par lesquels on procède à l'exécution des lois; ou bien elles ne sont pas conformes à la loi; alors, nous ne voyons nulle part un principe de droit qui autorise le Chef de l'Etat à les prendre, et si elles sont prises nous ne voyons aucune règle qui puisse les soustraire au recours en annulation¹ ». La vérité, dit le savant Doyen de la Faculté de droit de Paris, est qu'il n'y a pas d'actes de gouvernement². »

Artur³ s'exprime de la façon suivante relativement aux actes de gouvernement : « Le caractère initial et indépendant manque aux actes de gouvernement. Les actes de gouvernement sont tous en principe dominés par des lois et sont, en un certain sens, l'application de la loi aux faits particuliers ».

M. Carré de Malberg soutient toujours, au contraire, que certains actes de gouvernement sont au-dessus de la légalité⁴.

Le Doyen Hauriou écrit que les actes de gouvernement doivent être maintenus et qu'ils sont « les actes qui figurent dans une certaine énumération d'actes politiques dressés par la jurisprudence administrative sous l'autorité du Tribunal des Conflits ». Et « il faut bien observer, dit le même auteur, que c'est à raison de la nature de l'acte que le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable contre ces actes⁵ ».

Il semble qu'à l'heure actuelle une partie de la doctrine et la jurisprudence du Conseil d'Etat confondent la théorie

dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires, p. 6 et s. Bremond, *op. cit. R. D. P.*, 1896, t. I, p. 23; V. aussi l'excellent professeur du droit public de Bucarest M. Anibal Teodorescu, *Dreptul administrativ*, p. 220.

1. M. Berthélemy, *Traité*, 11^e éd., p. 100 et 116.

2. M. Berthélemy, *Traité*, 11^e éd., p. 131.

3. V. Artur, *op. cit. R. D. P.* t. XIII, p. 222.

4. M. Carré de Malberg, *op. cit. t. I*, p. 522 et 544 et s.

5. Hauriou, *Précis*, 10^e éd., p. 431, et 11^e éd., p. 396.

des actes de gouvernement avec les actes que le gouvernement fait en qualité d'organe politique.

Le Doyen Duguit écrit que pendant la guerre se produisait une régression de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui par l'arrêt *Graty* du 4 janvier 1918, paraît être revenu à la théorie des actes du gouvernement¹, en s'exprimant ainsi : « Malheureusement mes prévisions ont été démenties. Sous l'action des circonstances spéciales nées de la guerre, et aussi, il faut bien le dire, sous l'influence du mal intérieur qui paraît avoir atteint sa jurisprudence, le Conseil d'Etat vient de revenir à la théorie régaliennne et arbitraire des actes de gouvernement. Par son arrêt *Graty*, il a décidé qu'aucun recours contentieux n'est recevable contre l'arrêté ministériel qui a ordonné l'internement d'un sujet belge dans un dépôt spécial pendant la durée des hostilités. Une pareille décision est assurément un acte administratif et par son objet et à raison du caractère de l'agent dont elle émane, le ministre de l'intérieur étant incontestablement une autorité administrative. Par suite, à moins d'admettre la théorie des actes du gouvernement, le recours pour excès de pouvoir était certainement recevable contre un pareil acte². »

Il nous semble que, dans l'arrêt *Graty*, il ne s'agissait pas d'un acte de gouvernement mais d'un acte politique, diplomatique et que la haute juridiction administrative par la décision, que voici : « Considérant que cette décision relève de l'exercice du pouvoir qui appartient au Gouvernement chargé de veiller à la sécurité du territoire de la France et d'assurer la défense nationale, de prendre en temps de guerre, à l'égard des étrangers, les mesures de police qu'il juge nécessaires à cette fin, qu'elle n'est pas de la nature des actes qui peuvent être déférés au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir », n'a fait qu'appliquer la théorie des actes poli-

1. V. C. d'E. arrêt *Graty*, du 4 janvier 1918, R., p. 1; et R. D. P. 1918, p. 212 avec une note de M. Jèze qui soutient avec Duguit que le C. d'E. par cet arrêt est revenu à la théorie des actes de gouvernement.

2. Duguit, *Traité*, t. II, 2^e éd., p. 307; et t. III, 2^e éd., p. 694.

tiques. Donc, l'irrecevabilité du recours contre un pareil acte se justifie par le fait que le gouvernement quand il fait cet acte agit en qualité d'organe politique et non d'autorité administrative. Dans cette conception la théorie des actes de gouvernement est admissible, mais il est regrettable qu'on continue à parler d'actes de gouvernement, expression qui autrefois, désignait des actes administratifs à but politique, pour désigner aujourd'hui des actes faits par des autorités politiques ou représentatives.

L'arrêt *Graty* lui-même peut s'expliquer par l'extension du caractère d'actes diplomatiques, c'est-à-dire politiques, à tous les actes nécessaires à la conduite de la guerre.

Nous disons avec M. Bonnard, que « Actuellement, pour décider quand un acte constitue un acte de gouvernement, la jurisprudence s'inspire du point de vue suivante : Elle se base sur des raisons d'opportunité. Elle écoute le recours lorsqu'il lui paraît que, vu l'objet de l'acte, il y aurait inconvénient à le soumettre à une discussion juridictionnelle. Cet inconvénient est d'ailleurs variable suivant les cas. Avec ce point de vue, on est arrivé à réduire considérablement le nombre des actes de gouvernement, et par là, à *faire tolérer une théorie qui est en complète contradiction avec l'esprit actuel de notre droit administratif*¹ ».

Nous repoussons la théorie des actes de gouvernement comme inutile, parce qu'elle vise des actes administratifs, à la fois matériels et formels, et comme dangereuse et antidémocratique parce qu'elle conduit à l'arbitraire par le fait qu'elle écarte le contrôle juridictionnel qui devait s'exercer. Ni le législateur ordinaire, ni le législateur constituant, ne peuvent mettre hors de la légalité certains actes, comme non susceptibles d'être attaqués par un recours quelconque. Cependant, tandis qu'en France il n'y a aucun texte qui puisse être évoqué à l'appui de la théorie des actes de gouvernement, que cette théorie fut créée par la jurisprudence du Conseil

1. M. Bonnard, *Précis*, p. 131 et 132, voir aussi l'énumération de ces actes.

d'Etat sous l'autorité du Tribunal des Conflits et par une partie de la doctrine et qu'elle est aujourd'hui réduite à néant; en Roumanie, au contraire, ces actes sont fondés sur des textes, qui proclament que les actes de gouvernement ne sont soumis à aucun contrôle de légalité; et que les tribunaux judiciaires, parce qu'il n'y a pas de tribunaux administratifs et que le Contentieux administratif est du ressort des tribunaux judiciaires (Cour d'Appel ou Cour de Cassation), sont incompétents pour examiner la légalité de pareils actes et pour les annuler. En ce sens l'article 107 de la Constitution roumaine du 29 mars 1923, alinéa 2 et 3, fin, qui dans son dernier alinéa, prévoit que : « Le pouvoir judiciaire n'a pas compétence pour juger les actes du gouvernement », et la loi du Contentieux administratif du 23 décembre 1925, dans son article 2 alinéa 1, qui reproduit la même disposition en termes suivants : « Les actes de gouvernement comprennent toutes les mesures prises en vue de protéger un intérêt général concernant l'ordre public, la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat ou d'autres nécessités d'ordre supérieur, comme le seraient : la proclamation de l'état de siège, les faits de guerre résultant d'une force majeure ou des nécessités immédiates du combat armé, tous les actes de commandement à caractère militaire, l'exécution et l'interprétation des traités et conventions diplomatiques avec les Etats étrangers, les mesures contre les épidémies, les épizooties, les inondations, la famine, les troubles intérieurs, la naturalisation, les dispositions qui dissolvent les personnes juridiques ou qui interdisent le fonctionnement conformément à la loi spéciale sur la question de l'extradition des étrangers, de toutes les autres dispositions d'une même nature. Les décisions d'expulsion des étrangers, ne pourront être attaquées en justice que pour motif d'erreur sur la qualité de l'étranger ». Toutes ces lois proclament l'existence des actes de gouvernement, mais nulle part et jamais elles n'ont donné une définition précise de ces actes, qui peuvent au dépit du principe de la légalité s'étendre. Certains auteurs ont

essayé de donner une définition de ces actes et de les systématiser¹, mais ils se sont trouvés dans l'impossibilité d'en donner une qui soit acceptable. Il faut dire qu'il est regrettable que le législateur roumain, ait consacré cette théorie des actes de gouvernement, même dans la Constitution, ils ne seront qu'une source inépuisable d'arbitraire et d'illégalités.

A l'heure actuelle en Roumanie, conformément aux textes précités, ces actes ne sont soumis à aucun contrôle juridictionnel, mais seulement au contrôle politique du Parlement et de l'opinion publique.

Pour nous, tous ces actes, dits de gouvernement, doivent être tenus pour légaux, soit qu'ils soient faits en temps de paix, soit en temps de guerre.

Mais malgré ces textes, qui enlèvent aux tribunaux judiciaires roumains le droit de se prononcer sur la légalité des actes de gouvernement, il ne faut pas déduire de là qu'en Roumanie de semblables actes sont entièrement soustraits de leur contrôle.

La Cour de Cassation de Bucarest et la doctrine roumaine, sont unanimement d'avis que les tribunaux judiciaires n'ont pas qualité pour juger les actes de gouvernement, en ce sens qu'ils ne peuvent scruter les raisons qui ont déterminé le gouvernement à prendre les mesures qui sont appelées actes de gouvernement.

Mais ils peuvent, très bien, contrôler si ces mesures, prises par le Gouvernement, sont en réalité des actes de gouvernement, et s'assurer qu'elles ne servent pas uniquement au déguisement d'abus ordinaire d'autorité, et qu'elles sont bien prises en vue des intérêts généraux de l'Etat, de l'ordre public, de la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat en raison de l'état de siège, ou d'autres nécessités d'ordre supérieur.

1. V. Negulescu, *R. D. P. R.* 1926, p. 520 et *Tratat*, liv. I, 3^e éd., p. 328 à 340; et 440 à 503.

§ 2. Les actes discrétionnaires

Pendant longtemps, il a été admis, tant en jurisprudence qu'en doctrine, qu'il y a certains actes de l'administration, qui, bien qu'ils remplissent toutes les conditions de la validité d'un acte administratif, échappaient cependant au recours pour excès de pouvoir, parce qu'ils étaient en eux-mêmes la manifestation d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration.

La jurisprudence, au début, a assimilé l'acte discrétionnaire au prétendu acte du gouvernement. Or, c'était un point de vue erroné. Nous avons démontré que l'acte de gouvernement est un acte administratif émanant d'une autorité faisant partie de la hiérarchie administrative. L'autorité faisant un acte de gouvernement est liée par des dispositions légales et, si elle viole une telle disposition, l'acte est entaché d'illégalité et susceptible d'être annulé en recours pour excès de pouvoir, tandis qu'au cas d'un acte discrétionnaire on disait que l'administration, n'étant liée par aucune disposition légale l'acte ne peut être illégal, parce qu'aucune disposition légale n'existe et ne s'impose à celui qui fait l'acte.

Les actes dits discrétionnaires, ont été définis par chaque auteur d'après sa manière propre¹. On entend par actes discrétionnaires, les actes accomplis par l'administration d'après sa libre appréciation, sans que le pouvoir de décision soit limité en principe par une loi ou par le droit d'un particulier.

Au début, la jurisprudence du Conseil d'Etat a rejeté le recours pour excès de pouvoir contre lesdits actes discrétionnaires, à raison de leur nature¹. C'est ainsi, qu'elle a

1. V. M. Laferrière « On appelle acte de pure administration ou discrétionnaire, ceux que l'administration fait d'après sa libre appréciation afin de pourvoir aux intérêts généraux particuliers et non pour satisfaire à des droits ou à la loi, » *op. cit.*, t. II, p. 423, dans le même sens, V. Marie Léon, *Le droit positif et la juridiction administrative*, 1903, t. II, p. 365. V. aussi Jacquelin, *op. cit.* p. 300. V. Renault J., *op. cit.* p. 62 et s.

2. V. C. d'E. : 3 février 1888, *Buisson*; 25 novembre 1892, *Schwalbach*;

déclaré le recours pour excès de pouvoir formé contre l'envoi d'un officier devant le Conseil d'enquête, irrecevable¹.

Or, ces actes n'ont pas une nature différente des autres actes administratifs. Certains auteurs soutiennent que la fin de non-recevoir tient plutôt au défaut de la qualité des parties, qu'à la nature de l'acte². Le Conseil d'Etat s'est aperçu que, dans tous les actes discrétionnaires, il peut y avoir une question de légalité, qui peut être toujours posée.

Quelque discrétionnaires que soient ces actes, on s'aperçoit qu'il peut y avoir des abus et des illégalités commis par l'administration en ce qui concerne, soit les formes prévues par les lois, soit le but imposé par elles, lorsque ces lois sont violées par l'administration. Mais en déclarant le recours formé contre ces actes, irrecevable, il s'interdisait tout droit d'examiner la légalité de cet acte.

Le Conseil d'Etat l'a compris et a changé sa jurisprudence en déclarant le recours pour excès de pouvoir intenté, contre les actes discrétionnaires, recevable, mais en le rejetant quant au fond comme mal fondé³.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat déclare le recours intenté par l'Abbé Bouteyre, recevable, mais mal fondé. Il s'agissait d'un prêtre, l'abbé Bouteyre, qui avait été exclu, par le Ministre de l'Instruction publique de la liste des candidats à l'agrégation de philosophie. Cet acte était ainsi motivé : « L'état ecclésiastique s'oppose à ce qu'il soit admis dans le

14 mars 1900, *Rebes*, R. 290; 3 mai 1901, *Chabrier*, R. p. 427; 26 décembre 1902, *Rapi*, R. 794; 27 mars 1903; *Société mutuelle d'électricité de Neuilly-sur-Seine*, S. 1905-1-39.

1. 17 juin 1903, *Général de Cournulier-Lucinière*, R. 465; 30 mars 1906, *Chamaison*, S. 1908-3-86, où il rejette le recours formé contre le blâme adressé à un fonctionnaire.

2. V. M. Laferrière, *op. cit.*, t. II, 2^e éd., p. 423, soutient que les actes discrétionnaires n'échappent d'une manière absolue au recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, t. II, p. 411-421, 423 et 394; V. aussi Dareste P., *Les voies de recours*, p. 146 et 260.

3. Affaire *Bouteyre*, 10 mai 1912, D. 1914-3-74, et R. D. P. 1912, p. 453 et s.; 13 juin 1913, *Godefroy*; 27 mars 1914, *Derode*; 14 mai 1915, *Merwart*, R. 153; 23 juin 1916, *Thomard du Temple*; 15 février 1918, *Gervais*, R. 153; 15 novembre 1918, *Maissim*, R. 990; 30 juillet 1920, *Bouteyre*, R. 794; 4 février 1921, *Cte du Bourbonnais*, R. 148; 20 janvier 1922, *Trépont*, à l'occasion duquel le C. d'E. annule la décision d'un Ministre de l'intérieur mettant en congé un préfet, comme déterminé par un motif inexistant.

personnel de l'enseignement public, dont le caractère est de laïcité ». Je n'entre pas dans cette question si délicate qui touche à la fois à la bonne administration, à la politique religieuse et à la défense de laïcité. Mais ce qu'il faut noter dans cet arrêt *Bouteyre*, c'est l'esprit et les nouvelles tendances du Conseil d'Etat. C'est l'abandon total de la théorie de l'acte discrétionnaire. Monsieur Heilbronner, Commissaire du Gouvernement, s'exprime ainsi dans ses conclusions dans l'affaire *Bouteyre* : « Pendant longtemps, la doctrine et la jurisprudence admettaient le caractère discrétionnaire de ce droit d'appréciation et refusaient de soumettre au contrôle juridictionnel les actes de cette nature. La théorie de l'acte discrétionnaire est aujourd'hui abandonnée, et il n'y a plus guère d'acte qui échappe à votre contrôle ».

La majorité de la doctrine est aujourd'hui unanimement d'accord avec la jurisprudence pour conclure qu'en France il n'y a plus d'actes discrétionnaires ou de pure administration, pour lesquels l'intéressé ne serait pas recevable à demander l'annulation au Conseil d'Etat, en soutenant que l'agent public en le faisant a été déterminé par un but autre que celui que la loi avait en vue en lui donnant sa compétence. Les actes discrétionnaires peuvent léser, aussi bien les intérêts que le droit des administrés, et c'est pour cela qu'ils sont susceptibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoir. Le Doyen Léon Duguit, s'exprime en cette matière, dans les termes suivants : « A mon avis, on doit énergiquement affirmer que dans le droit français moderne, non seulement il n'y a pas d'actes arbitraires, mais qu'il n'y a pas non plus d'actes discrétionnaires ou de pure administration¹. Actuellement, il est généralement admis qu'il n'y a pas une catégorie spéciale, des actes discrétionnaires, contre lesquels le recours serait irrecevable².

1. V. Léon Duguit, *Trailé*, t. II, 2^e éd., p. 303 : « En France l'acte discrétionnaire n'appartient qu'au passé et il n'existe plus dans le droit d'aujourd'hui. » *Trailé*, t. II, 3^e éd., 1928, chap. II, § 27, p. 384 et 390.

2. M. Hauriou note sous l'arrêt *Graziotti* du 31 janvier 1902, S. 1903-3-113 note sous l'arrêt *Casanova*, S. 1901-3-73 et arrêt *Empis*, S. 1911-3-89 et *Précis*

Avec l'évolution du recours pour excès de pouvoir et spécialement avec la théorie des détournements de pouvoir le domaine des actes dits discrétionnaires, fut réduit à néant par la jurisprudence. Mais de là, il ne résulte guère que le Conseil d'Etat, en appréciant la légalité de ces actes par le recours pour excès de pouvoir est entré dans l'appréciation des actes discrétionnaires, comme soutient le Doyen Hauriou et MM. Fur et Teissier¹. Le Conseil d'Etat jugeant la légalité de ces actes, qui ne sont que des actes administratifs, reste toujours dans la limite de sa compétence, en remplissant sa fonction de gardien de la légalité, et non d'opportunité. M. Michoud, qui, comme nous l'avons vu, combat si vivement la théorie des actes, dits de gouvernement, soutient au contraire, que si les actes d'autorité ne sont pas en général discrétionnaires, à l'inverse, le caractère discrétionnaire est la règle parmi les actes de gestion.

Il faut observer que la distinction, entre l'acte d'autorité et l'acte de gestion, ne trouve pas de base dans le texte législatif au recours pour excès de pouvoir, et n'a en cette matière aucune raison d'être parce que les actes de gestion ne sont pas moins que les autres astreints à des conditions de légalité. Tout acte d'administrateur est soumis aujourd'hui à des conditions de légalité. La jurisprudence du Conseil d'Etat s'est prononcée dans ce sens dans plusieurs arrêts². M. Michoud donne l'impres-

11^e éd., p. 395 qui écrit : « qu'aujourd'hui cette catégorie des actes discrétionnaires est complètement disparue et qu'elle n'est plus un motif de non recevabilité. » V. aussi M. Berthélemy, *Traité*, 11^e éd., p. 1123; M. Bonnard « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives. » *R. D. P.* 1923, p. 303 à 393 et tirage à part; M. Laferrière, *op. cit.* t. II, p. 424. V. aussi Tezner, art. intitulé : « Zur Lehre von dem freien Ermessen » publié dans *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, t. V, p. 67. V. aussi Merkel, *op. cit.*, p. 142 et s. V. en sens inverse Renault *op. cit.* p. 78 et s. qui soutient l'existence de ces actes. E. Giraud « Etude sur la notion du pouvoir discrétionnaire. » *R. Gen. d'adm.* 1924, t. I, p. 305, conteste l'existence des actes discrétionnaires.

1. V. M. Hauriou dans sa note dans l'arrêt *Marc* et autres du 5 juin 1908, S. 1909-3-114. M. Le Fur « La protection juridique des franchises locales » dans la *R. G. d'Admin.* 1911, t. I, p. 385; selon la formule de M. Teissier, commis. du gouvernement dans l'affaire *Marc*, la mission du C. d'E. dans cet ordre d'idées « apparaît plus comme un contrôle administratif supérieur exercé à posteriori en la forme judiciaire, que comme un contentieux à proprement parler dans le sens ancien et étroit de ce mot. » *Rec.* 1908, p. 623.

2. V. C. d'E. : 31 janvier 1902, R. 55; S. 1903-3-113, la note de Hauriou;

qu'il veut introduire à la place de la théorie dangereuse et inutile des actes de gouvernement, une autre théorie plus dangereuse et arbitraire, celle des actes discrétionnaires et de pouvoir discrétionnaire¹.

§ 3. La théorie des pouvoirs de guerre

C'est une théorie nouvelle, créée pendant la guerre et invoquée par la jurisprudence à l'occasion des recours formés par des nationaux français. Elle a consisté, à accorder au Gouvernement, pendant la guerre de 1914-18, un pouvoir de police plus étendu qu'en temps de paix, sans apporter aucune atteinte au principe de la légalité. Ici il ne s'agit plus, des actes de gouvernement. La théorie des pouvoirs de guerre, se différencie de la théorie des actes de gouvernement par le fait que le Conseil d'Etat, à l'occasion de cette théorie, examine l'affaire au fond, il cherche si le Gouvernement avait une compétence, il détermine l'étendue et les limites de cette compétence.

Le Gouvernement ne peut pas dépasser les limites du régime de légalité, tandis que la prétendue théorie des actes de Gouvernement permet au Gouvernement de commettre des illégalités, et le soustrait à tout contrôle juridictionnel.

Le Gouvernement français, pendant la période de guerre, ne peut accomplir des actes individuels et réglementaires, qu'en tenant compte des textes légaux établis d'avance pour cette période, sous le contrôle du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat déclare le recours pour excès de pouvoir recevable, au cas de la théorie des pouvoirs de guerre; il examine l'affaire au point de vue de sa légalité interne; donc, il ne s'agit plus, ici, des conditions de recevabilité du recours, mais des cas d'ouverture, qui sortent de notre domaine.

Cette théorie ne repose sur aucun principe de droit, reçu

et 4 août 1905, *Martin*, 30 mars 1906, *Ballande*; 5 mars 1909, *Dame Michel*; 17 décembre 1909, *Larre* et 11 mars 1911, R. 289, S. 1912-3-41.

1. M. Michoud, *op. cit.* 1913, p. 441.

jusqu'à nos jours. Elle est vivement critiquée en doctrine par les plus notables jurisconsultes, notamment par le Doyen Duguit, et le Doyen Hauriou, à propos de plusieurs arrêts de la Cour de Cassation¹.

Le Conseil d'Etat a fait l'application de cette théorie dans ses innombrables arrêts²; à l'occasion desquels il annule en recours pour excès de pouvoir, les mesures de police soit individuelles soit réglementaires, prises par le Gouvernement en vertu de cette théorie. Ou bien, après avoir déclaré le recours pour excès de pouvoir recevable, le Conseil d'Etat se déclare incompétent³. Aujourd'hui, il faut dire qu'en France, tant en temps de paix qu'en temps de guerre, le Gouvernement doit respecter le principe de la légalité, et même s'il arrive que le Gouvernement, dans des circonstances graves de la guerre, peut se soustraire aux ordres du législateur, il ne peut jamais se soustraire au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat qui se substitue aux décisions législatives. Le Conseil d'Etat a établi le contrôle juridictionnel sans cependant, toucher à la liberté d'action du Gouvernement. En outre, les tribunaux non seulement suppriment les abus en annulant les actes illégalement faits, mais aussi ils allouent des indemnités.

1. V. Cass. 9 novembre 1921 (2 arrêts) et 14 février 1922 (4 arrêts) S. 1922-1-24.

2. V. C. d'E., 30 juillet 1915, *Verrier*, R. 257, 28 juin 1918, *Heyries*, 651; 14 novembre 1919, *Haridon*, 819; *Almeras*, 25 mars 1920, 360; 4 février 1921, *Lelièvre*, R. 129; 30 novembre 1923, *Couiteas*, 4 juin 1924, *Seguin*.

3. 3 mars 1922, *Cie van den Bergh's*, R. 189; 2 juin 1922, *De Porte*, R. 498; 23 février 1923, *Suwendsen et Christensen*, R. 185 à l'occasion desquels il se déclare incompétent pour juger l'ordre d'un Ministre, de saisie de marchandises à bord d'un navire neutre, ou bien d'indemnité pour la rétention d'un navire. La même solution fut donnée à l'occasion de déroutement des navires neutres, suspects (17 juin 1921, *Société de navigation, Roumanie*, 583; 3 novembre 1922, *Lichtordopaulos*, R. 793 et 14 mars 1924, *Lloyd de Trieste*, R. 305).

CHAPITRE III

Le Recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable contre les actes des autorités judiciaires.

Il existe en France deux catégories d'autorités parmi les agents ou fonctionnaires de l'Etat :

1° Les *autorités administratives*, c'est-à-dire les organes ou les agents auxquels la loi a conféré cette qualité.

2° Les *autorités judiciaires*, en d'autres termes, les organes où les agents auxquels la loi a attribué cette qualité.

En principe, ce second ordre d'autorités a été créé pour protéger les droits individuels et les intérêts privés légitimes. Ces autorités ont seules compétence pour rendre les jugements et ordonner les actes d'exécution concernant les personnes et les biens des particuliers. La loi a accordé ce caractère d'autorité judiciaire aux justices de paix, aux tribunaux civils de première instance et à leurs parquets; aux Cours d'Appel et aux parquets généraux, à la Cour de Cassation.

Certaines autorités administratives ont temporairement, pour faire certains actes, le caractère judiciaire; en tant qu'elles font ces actes, elles font partie de la hiérarchie judiciaire et sont placées sous le contrôle des magistrats de l'ordre judiciaire; savoir :

1° *Le Ministre de la Justice ou Garde des Sceaux*, lorsqu'il est associé dans certains moments au fonctionnement du service de la justice.

2° *Le Préfet de police de Paris et les Préfets des départements*, quand ils agissent en vertu de l'art. 10 C. instr. crim., le maire, les *Commissaires de police* et les *officiers de gendarmerie*, les *gardes champêtres*, exerçant des attributions de *police judiciaire* en vertu de l'art. 9 Code instr. crim.

3° *Les maires et les adjoints* agissant comme *officiers de l'état civil*.

4° *Les Consuls à l'étranger* agissant comme *juges de l'ordre judiciaire ou officiers de l'état civil*.

En dehors de ces cas, ils agissent comme agents de l'ordre administratif. Toutes les autres autorités de l'Etat, non comprises dans l'énumération ci-dessus sont des autorités administratives.

Cette distinction entre les autorités judiciaires et administratives est purement formelle.

Les autorités administratives font au point de vue matériel, en effet, non seulement des actes administratifs proprement dits (actes conditions ou subjectifs), mais encore des actes législatifs (règlements) et des actes juridictionnels, (jugements du Conseil de Préfecture et arrêts du Conseil d'Etat, par exemple).

Les autorités judiciaires rendent non seulement des jugements, mais encore font des actes qui par leur nature sont des actes administratifs au sens matériel :

1° En matière civile : nomination d'un administrateur *ad hoc* pour les biens d'un mineur, autorisation pour une femme mariée à ester en justice; homologation de la décision d'un Conseil de famille, etc.

2° En matière pénale : ordre d'arrestation, de perquisition, d'apposition des scellés, etc.

Dans toutes ces hypothèses, en effet, les autorités judiciaires ne résolvent pas de question de droit, elles font seulement des actes subjectifs ou des actes conditions. Elles les font en la forme des jugements, mais en réalité il n'y a pas de jugement, car aucune question litigieuse n'est soulevée devant elles. Ceci admis, au point de vue des actes qui sont suscep-

tibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, la position des actes des autorités judiciaires est la suivante :

Lorsque l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872 parle des « diverses autorités administratives » il désigne les actes administratifs au point de vue formel et il exclue non seulement les actes des autorités ayant d'après la Constitution le caractère représentatif, mais même les actes des autorités judiciaires.

Cet article fait application du principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives : il serait, en effet, contraire à ce principe qu'une juridiction administrative comme le Conseil d'Etat puisse connaître d'un acte de l'autorité judiciaire.

En conséquence, le recours pour excès de pouvoir sera irrecevable contre les actes, quels qu'ils soient, émanés d'une autorité judiciaire :

1° *Contre les jugements des tribunaux judiciaires*, ce que nous allons traiter dans notre premier paragraphe (§ I).

2° *Contre les actes administratifs au sens matériel, émanés d'une autorité judiciaire proprement dite*, ce qui fera l'objet de notre deuxième paragraphe (§ II).

3° *Contre les actes administratifs, au sens matériel, des autorités administratives agissant en qualité d'autorités judiciaires* (§ III).

§ 1° Les jugements rendus par les Tribunaux de l'ordre judiciaire.

Ce sont : les jugements des tribunaux de première instance ; les arrêts des Cours d'Appel et de la Cour de Cassation, qu'elle statue comme juge de Cassation ou comme Conseil supérieur de la magistrature, en matières disciplinaires ; les actes des tribunaux civils exerçant le pouvoir disciplinaire sur les officiers ministériels (exemple : avoués, huissiers et commissaires priseurs, conformément à l'art. 1 de la loi du 10 mars 1898).

Contre les jugements : il est à peine besoin de dire que le

recours pour excès de pouvoir est irrecevable, car ils n'ont à aucun point de vue le caractère administratif.

Cependant le Conseil d'Etat a eu à faire application de ce principe dans l'affaire *Pollet*, à l'occasion de laquelle il a rejeté le recours pour excès de pouvoir formé contre un arrêt de la Cour de Cassation¹.

Le Conseil d'Etat agit de même à l'égard des décisions des Conseils de Guerre qui peuvent être déférées à la Cour de Cassation².

Deviennent ainsi considérés comme jugements émanant d'une autorité judiciaire et insusceptibles de recours pour excès de pouvoir : les décisions de la Cour de Cassation, toutes chambres réunies, statuant en matière disciplinaire à l'égard des magistrats inamovibles de l'ordre judiciaire; quant aux décisions du Ministre de la Justice en cette matière, prises à l'égard des magistrats du parquet de première instance et du parquet général et à l'égard des juges de paix et aux décisions du ministère des Colonies, nous étudierons plus loin la question de savoir si elles sont prises par le ministre comme autorité administrative suprême ou comme autorité judiciaire agissant en vue du bon fonctionnement du service de la justice.

Le Conseil d'Etat déclare aussi irrecevable le recours formé contre les actes préparatoires ou d'exécution des jugements rendus par les tribunaux judiciaires.

C'est ainsi que la jurisprudence décide que ni un jugement, ni l'exécution d'un jugement ne peuvent faire l'objet d'un débat devant le Conseil d'Etat³ : La haute juridiction déclare le recours intenté contre la décision du Président de la République, livrant un détenu à une Puissance étrangère qui le réclamait pour subir la contrainte par corps, non recevable⁴. De même, le Conseil d'Etat déclare irrecevable le

1. C. d'E. 21 février 1879, *Pollet*, R. p. 171.

2. C. d'E. 7 mai 1909, R. p. 476.

3. V. arrêt C. d'E. du 24 décembre 1897, *Saboulard*, S. 1899-3-2.

4. V. C. d'E. arrêt du 3 mai 1901, *Scrosoppi*, D. P. 1902-3-92. S. 1904-4-45, R. p. 426.

recours intenté contre un arrêté préfectoral rendu en exécution d'un jugement d'expropriation¹. Le Conseil d'Etat rejette le recours formé contre une décision prise par le Ministre de la Justice relativement à l'exécution des peines prononcées par les tribunaux judiciaires².

Dans le même sens fut décidé, à l'occasion d'un recours formé contre la décision d'un commandant de corps d'armée pris en exécution d'un arrêté du Conseil de guerre³.

§ 2. Les actes administratifs au sens matériel émanés d'une autorité judiciaire proprement dite.

L'autorité judiciaire exerce surtout la fonction juridictionnelle, mais elle ne l'exerce pas toute: elle fait aussi beaucoup d'actes administratifs contre lesquels le recours pour excès de pouvoir n'est point recevable, par exemple les ordonnances, les instructions émanant d'un magistrat, un mandat de dépôt ou d'arrêt délivré par le juge d'instruction qui ne sont que des actes conditions, de même que l'autorisation de plaider donnée à une femme, la déclaration de faillite. Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *Gérard*, déclare non recevable le recours pour excès de pouvoir, formé contre une décision par laquelle le premier Président de la Cour de Paris avait astreint les traducteurs interprètes près la Cour, à passer un examen et avait rayé de la liste, le dit sieur Gérard, qui avait refusé de subir cet examen, en décidant que la décision dont il s'agissait n'émanant pas d'une autorité administrative, par suite ne pouvait lui être déférée par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 25 juin 1927, décide que les juridictions administratives sont incompétentes, pour connaître de la faute qu'aurait commise le greffier d'un tribunal civil en délivrant à l'autorité militaire un extrait

1. 13 mars 1903, *Dame David*, R. p. 232.

2. V. arrêt C. d'E. 2 avril 1909; *Chaboud*, S. 1911-3-124, D. 1911-3-24.

3. C. d'E. 26 mai 1915, *Monteil*, R. p. 574; 23 juillet 1920, R. p. 737.

inexact du casier judiciaire d'un mobilisé, en raison duquel celui-ci a été incorporé indûment dans un groupe spécial¹.

§ 3. Les actes administratifs au sens matériel émanés des autorités administratives agissant en qualité d'autorité de l'ordre judiciaire.

Nous avons dit ci-dessus que l'autorité judiciaire exerce surtout la fonction juridictionnelle, mais elle n'exerce pas toute cette fonction. Et que, malgré l'interdiction faite aux fonctionnaires et autorités administratives de s'occuper de la fonction juridictionnelle, cependant il y a des exceptions à cette règle, c'est-à-dire qu'il y a des fonctionnaires administratifs qui accomplissent dans des cas exceptionnels prévus par des lois, des actes juridictionnels et qui ont eux-mêmes, en ces cas, le caractère de fonctionnaires de l'ordre judiciaire.

C'est ainsi que le Garde des Sceaux, qui, comme tous les ministres pris individuellement, est un fonctionnaire de l'ordre administratif, agit parfois comme agent de l'ordre judiciaire.

1° Les actes du Ministre de la Justice accomplis en sa qualité de Chef suprême de la Magistrature ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir.

Il agit en cette qualité lorsqu'il accomplit des actes concernant l'ordre intérieur d'administration judiciaire, lorsqu'il met en mouvement la procédure de la révision des procès criminels ou lorsqu'il provoque le pourvoi en Cassation dans l'intérêt de la loi conformément aux articles 441 et 444 du Code d'instruction criminelle.

Le Conseil d'Etat rejette le pourvoi formulé contre les décisions du Ministre de la Justice, prises pour assurer le roulement des magistrats entre les chambres d'un tribunal². Le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour connaître, par la voie du recours pour excès de pouvoir, une décision

1. C. d'E. 25 juin 1924, D. P. 1925-3-65.

2. Arrêt C. d'E., 5 août 1908, *Gérard*, R. p. 886, S. 1911-3-12.

par laquelle le Ministre de la Justice s'est déclaré incompétent pour statuer sur une déclaration, relative au transfert, par décision du tribunal de la Seine, d'un juge d'une section à une autre section de la même Chambre, et s'est refusé à saisir la Cour de Cassation de la dite réclamation. Le Conseil d'Etat a décidé que le Ministre de la Justice a agi ici comme le Chef suprême de la magistrature, chargé de veiller au bon fonctionnement de l'organisation judiciaire, et non comme autorité administrative¹. Ne peut être attaqué, par recours, un refus du Ministre de la Justice, de transférer un détenu²; de même que la décision prise par le Garde des Sceaux relativement à l'exécution des peines prononcées par les tribunaux³.

Dans l'arrêt *Lamberlin* du 31 janvier 1919, R. p. 114, le Conseil d'Etat se refuse à apprécier la responsabilité que l'Etat peut encourir à l'occasion du fonctionnement du service judiciaire⁴. De même, le Conseil d'Etat dans l'affaire *Desmarias* du 8 décembre 1926, décide qu'un avoué ne peut pas soumettre au Conseil d'Etat la question de savoir, si ce n'est pas à tort qu'il a été appelé à compléter le Tribunal en cas d'absence des magistrats.

Le Conseil d'Etat fait la distinction entre les actes d'administration et juridictionnels émanant du Garde des Sceaux : « Considérant qu'en prenant la décision d'attaquer, le Ministre de la Justice n'a pas agi comme autorité administrative, mais dans l'exercice de ses attributions de Chef de la Magistrature chargé de veiller au bon fonctionnement de l'organisation judiciaire, et que les questions soulevées par le pouvoir relatif à l'étendue de ses droits et de ses obligations, à ce point de vue ne sont pas de celles dont il appartient à la juridiction de connaître⁵ ».

La décision par laquelle le Ministre de la Justice, saisi par

1. C. d'E. du 4 août 1913, *Magnand* 987.

2. C. d'E. du 20 décembre 1918, *Foy*, R. 1156.

3. V. C. d'E. arrêt du 23 juillet 1920, R. 737.

4. 20 février 1924, D. H. 1924-317, 4 juin 1924 *Le Bourlec*.

5. C. d'E. 8 décembre 1926, *Desmarias*, D. P. 1927-3-70.

un particulier d'une plainte contre un notaire, refuse d'enjoindre au parquet d'intenter une poursuite disciplinaire, n'est pas au nombre des actes administratifs qu'il appartient au Conseil d'Etat de connaître¹.

Dans le même sens s'est prononcée la haute juridiction administrative, dans l'affaire de la *Compagnie des Produits Chimiques d'Alais*,² quand il rejette un pourvoi en annulation contre les décisions par lesquelles le Ministre de la Justice s'est refusé à demander la révision d'un jugement criminel.

Mais, si le recours pour excès de pouvoirs n'est pas recevable contre les actes du Garde des Sceaux, qui ont pour but d'assurer le fonctionnement de l'organisation judiciaire, il est au contraire possible contre les actes administratifs du Ministre de la Justice agissant comme Chef du personnel des magistrats.

Les actes accomplis par le Ministre de la Justice exerçant son droit de nomination, *révocation*, de mise à la retraite de certains magistrats, ou prenant des mesures disciplinaires contre eux, ne sont-ils que des actes administratifs au sens formel contre lesquels le recours en annulation est possible? Est-ce qu'il n'agit en cette qualité que comme fonctionnaire administratif supérieur ayant en vue d'assurer le bon fonctionnement du service de son département ministériel?

Certains auteurs soutiennent que l'irrecevabilité du recours dans ce cas est absolue³, d'autres, au contraire, soutiennent que seules les mesures disciplinaires prises contre les magistrats, autres que les juges de paix et les magistrats coloniaux, constituent des actes judiciaires⁴.

Nous sommes d'avis que c'est une erreur, et que le Conseil d'Etat reste dans tous ces cas, aussi bien qu'à l'occasion

1. Arrêt du C. d'E. 10 février 1922, D. P. 1923-3-39.

2. 6 janvier 1922, R. p. 10, et *Bardon*, 20 janvier 1922, R. p. 47.

3. V. Laferrière, *op. cit.* t. II, 2^e éd., p. 42.

4. V. Alibert, *op. cit.* p. 49.

des actes réglementaires ou individuels qui fixent ou appliquent le statut des magistrats, le gardien de la légalité. La jurisprudence du Conseil d'Etat qui est très flottante en cette matière, nous semble avoir admis cette conception dans ses arrêts du 14 mai 1915 à l'occasion desquels il se déclare compétent pour connaître d'un recours tendant à l'annulation d'un arrêté du Ministre de la Justice, prononçant une peine disciplinaire, à l'encontre d'un juge de paix d'Alger¹.

Le Conseil d'Etat se reconnaît compétent pour connaître des litiges relatifs à la situation personnelle des magistrats².

La jurisprudence de la Haute Juridiction administrative a déclaré irrecevable le recours intenté par un notaire contre l'avertissement à lui adressé par le Procureur Général sur les instructions du Garde des Sceaux en le rappelant à l'accomplissement de ses devoirs³.

2° *Les actes du Préfet de police de Paris et des Préfets des départements*, agissant en vertu de l'article 10 du Code d'instruction criminelle, des maires et leurs adjoints, agissant conformément à l'art. 9 du Code d'instr. crim., ainsi que du personnel de police qui leur est subordonné, comme par exemple : *des officiers de gendarmerie, commissaires de police et des gardes champêtres*.

Le recours pour excès de pouvoir, intenté contre les actes de ces autorités administratives, qui dans ces cas ont le caractère d'autorités judiciaires, est déclaré, conformément à la légalité et à la logique, irrecevable. Ces actes émanant d'une autorité judiciaire, sont de la compétence des tribunaux judiciaires. La même doctrine a été exposée par le Tribunal des conflits le 30 juillet 1873 dans l'affaire *Pelletier*, à l'occasion de la saisie du journal *Le Devoir*⁴.

1. S. 1921-3-4.

2. C. d'E. 28 décembre 1906, *Nivaghioli*, R. p. 972; 13 mars 1908, *Pivollel*, D. P. 1909-3-110; 23 mars 1917, *Pelolier*, R. p. 287; 16 mars 1918, *Buisson*, R. p. 260; 25 novembre 1921, *Philipon*, R. 979; 18 mai 1923, *Leboucher*, R. p. 423.

3. C. d'E. 30 mars 1927, D. P. 1927-3-50.

4. V. Décision du Tribunal des Conflits du 30 juillet 1873, *Pelletier*, S. 1874-2-28.

Le Tribunal des conflits dans les trois jugements des 23 et 25 mars 1889 a confirmé sa pratique antérieure. Dans l'affaire *Duffeuille*, contre le Préfet de police de Paris, le Tribunal des conflits décide que l'ordre de perquisition des griffes et clichés, de même que des brochures du Comté de Paris envoyés aux Maires de France, ne constitue qu'un acte de police judiciaire, dont la validité, et la légalité ne pourraient être appréciées que par l'autorité judiciaire¹. Dans l'affaire *Cassanova*, le Tribunal des conflits a décidé, de même, que l'acte de saisie d'un journal, par un commissaire de police sur l'ordre du préfet, est un acte de police judiciaire, de la compétence de l'autorité judiciaire.

Les actes accomplis par les Maires et les adjoints, et leurs subordonnés les gardes-champêtres, commissaires de police, de même que par les officiers de gendarmerie, conformément à l'article 9 du Code d'instruction criminelle, sont des actes contre lesquels le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable. Le Conseil d'Etat déclare le recours intenté contre une incarcération ou contre les actes de répression de la prostitution, accomplis par les agents de l'administration en cette qualité, irrecevable².

A l'occasion d'un recours intenté, pour dommages à subir par un individu, arrêté sur l'ordre donné par le capitaine des gendarmes, *Deroche*, agissant comme officier de police judiciaire, le Conseil d'Etat décide que ces actes sont de la compétence judiciaire, et que celle-ci est seule compétente pour apprécier la responsabilité que le capitaine *Deroche* peut avoir encourue à l'occasion du dit acte³.

1. V. Tribunal des Conflits 23 et 25 mars 1899, *Duffeuille*, contre le Préfet de police de Paris, 1^{re} espèce, S. 1891-3-32 et s.; *Usannaz-Joris*, contre Lejeune du Grosier, Préfet de la Savoie, Coulon, directeur général des postes et autres, S. 1891-3-37, 2^e espèce; *Michau et Lefrenay* contre le Préfet de la Loire et *Cassanova*, commissaire de police, S. 1891-3-47, 3^e espèce.

2. C. d'E. 28 janvier 1904, *Lyon*, D. P. 1904-2-321.

3. C. d'E. arrêt 9 décembre 1911, *Robin* contre capitaine *Deroche*, décide : « Considérant que les instructions données par le capitaine *Deroche* au maréchal des logis *Debray*, à la suite desquelles il a été procédé à l'arrestation du sieur *Robin*, relevant de l'autorité judiciaire seule compétente pour apprécier la responsabilité que le capitaine *Deroche* peut avoir encourue, à l'occasion du dit acte R. p. 1177, S. et P. 1914-3-92.

A l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir formé contre les actes des gendarmes agissant comme officiers de police judiciaire, le Conseil d'Etat rejette ce recours en déclarant que si un acte se rattache à l'exercice de la police judiciaire, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire d'en apprécier l'acte et les conséquences¹. Cette jurisprudence fut confirmée par d'autres arrêts, et notamment par l'arrêt *Dardon*, dans lequel le Conseil d'Etat rejette le recours du sieur Dardon, formé contre les procès-verbaux, dressés par les gendarmes, à l'effet de constater des infractions relevant du Tribunal de simple police, motif pris qu'aucun organe administratif appartenant à l'administration active ou à la procédure administrative ne peut réformer, annuler ou empêcher l'exécution d'un jugement d'un tribunal judiciaire².

Les commissaires de police sont revêtus, de même que le Préfet de police à Paris, d'une double qualité : ils sont à la fois fonctionnaires de l'ordre administratif et officier de police judiciaire. Les actes qu'ils font en leur première qualité relèvent de l'autorité administrative, les autres, au contraire, sont de la compétence des Tribunaux judiciaires³. C'est en ce sens que fut décidé, par le Conseil d'Etat, à l'occasion d'un recours pour dommages-intérêts, intenté contre un commissaire de police judiciaire, à raison des actes illégaux, qu'il aurait commis, tant au cours de la visite d'une pharmacie pour procéder à la saisie des médicaments jugés par lui défectueux, que contre le procès-verbal dressé par l'inspecteur de police dans l'exercice de ses fonctions.

A la suite de cette visite, il décide : « Considérant que l'appréciation des fautes reprochées au commissaire de police

1. V. Tribunal des Conflits dans ses décisions du 15 novembre 1913; *Lejeune contre Delna*, R. 1114, et S. 1920-3-47; 1^{re} espèce; 13 décembre 1913, *Dames Dionnet et Proton*, contre l'Etat et Ville de Chartres, 2^e espèce; S. 1920-3-48.

2. C. d'E. affaire *Dardon*, du 20 janvier 1920, R. 46

3. Tribunal des Conflits, décision du 15 décembre 1883, *Diable contre Al-leaume*, S. 1885-3-68.

dans l'exercice de ses fonctions d'officier de police judiciaire, est essentiellement de la compétence de l'autorité judiciaire ». Le Conseil d'Etat déclare le recours pour excès de pouvoir, contre le procès-verbal de contravention, dressé par le commissaire de police, agissant en sa qualité d'officier de police judiciaire, non recevable¹. La même solution fut donnée par la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'une saisie opérée par le même magistrat². Bien que l'article 9 du Code d'instruction criminelle, soumette les maires et les adjoints, agissant comme officiers de police judiciaire, à la surveillance du procureur général, près de la Cour d'Appel, dans le ressort duquel ils agissent, cela n'empêche pas, dit le Conseil d'Etat, qu'ils puissent être suspendus par le Préfet ou révoqués par décret en vertu de l'article 86 de la loi du 5 avril 1884³.

3° *Les actes accomplis par les maires et les adjoints agissant comme officiers de l'Etat civil.*

Il est généralement reconnu que les tribunaux judiciaires, sont seuls compétents, relativement à ces actes, conformément aux divers articles du Code civil et du Code de procédure civile plaçant le service de l'état civil sous le contrôle de l'autorité judiciaire⁴. C'est ainsi que les tribunaux judiciaires, saisis d'une question litigieuse, concernant l'état civil d'un individu, apprécieront librement la validité du titre en vertu duquel l'officier municipal qui a fait l'acte de l'état civil attaqué, a exercé ses fonctions. La question s'est posée à propos des célèbres affaires *des mariages de Montrouge*, où la validité des mariages réalisés était contestée, à raison de l'irrégularité de la délégation conférée par le maire à un conseiller municipal. L'irrégularité avait consisté, en ce que la désignation du conseiller n'avait pas été

1. V. arrêt du C. d'E. du 30 novembre 1906, *Berthon*, R. 880.

2. C. d'E. 26 novembre 1920. *Spitz*, R. 1006.

3. V. C. d'E. arrêts du 18 mars 1890, *Delaunay*, R. p. 1910, p. 243, 1^{re} espèce et 18 mars 1910, *de Falvellej*, R. 245 2^e espèce.

4. V. Code Civil, articles 49, 53, 54, 99 et Code de procédure civile art. 855 et s. et la loi du 20 novembre 1919.

faite dans l'ordre du tableau¹. La jurisprudence du Conseil d'Etat fait une nouvelle application de la règle suivant laquelle l'autorité judiciaire est exclusivement compétente pour connaître des litiges relatifs aux actes de l'état civil. C'est ainsi que la haute juridiction déclare irrecevable le recours pour excès de pouvoir, intenté par le Président d'une association de mutilés, contre une décision ministérielle ordonnant la radiation sur l'acte de décès d'un soldat, de la mention « *Mort pour la France* »².

4° *Les actes des Consuls et des agents diplomatiques à l'étranger agissant comme juge de l'ordre judiciaire ou officier de l'état civil.*

Ces actes ne sont pas susceptibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoir comme étant des actes émanant d'autorités judiciaires.

Les actes de l'état civil qu'ils accomplissent et les litiges relatifs à ces actes sont exclusivement de la compétence des tribunaux judiciaires³.

Ayant éliminé les actes des autorités politiques et les actes des autorités judiciaires, tous les autres actes faits par les organes et agents de l'Etat sont susceptibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, si on se place uniquement au point de vue de l'autorité qui a fait l'acte, il ne reste plus en effet que les actes des autorités administratives conformément à l'article 9 de la loi du 24 mai 1872.

5° Toutefois *les jugements émanés des juridictions administratives* ne sont pas susceptibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, parce qu'il existe pour eux d'autres voies d'annulation propre à leur faire respecter la légalité : l'appel et la cassation devant le Conseil d'Etat pour les tribunaux administratifs qui jugent en dernier ressort

1. Trib. civil de la Seine, 7 août 1883, D. P. 1884-1-5.

2. C. d'E. 8 décembre 1926, *Association des mutilés et réformés, Briançon*. D. H. 1927-71; D. P. 1928-3-4.

3. Trib. des Conflits, 6 avril 1889, *Ville de Chateaubriand*. R. p. 483, 25 : ans 1911, *Rouzier*. R. p. 392, avec conc. Chardenet, S. 1911-3-103, D. 1912-3-1.

ou sans appel : Conseil de révision pour le recrutement de l'armée. *Les décisions du Conseil de révision* sont définitives et ne peuvent être attaquées qu'en Cassation devant le Conseil d'Etat et non par la voie du recours pour excès de pouvoir. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a décidé maintes fois¹, en rejetant le recours pour excès de pouvoir intenté directement contre les inscriptions prétendues illégales sur les tableaux de recrutement; il s'est exprimé à l'occasion de l'affaire *Marcin* dans les termes suivants : « Considérant que si le sieur Marcin estimait que le Ministre de la Guerre en prenant la dite décision, avait illégalement déterminé ses obligations militaires, il lui appartenait, lors de sa comparution devant le Conseil de révision, de lui soumettre, en vertu de l'article 16, paragraphes 16 et 17 de la loi du 21 mars 1905, les questions litigieuses qu'il aurait estimé résulter de la décision sous-visée; mais que c'est à tort qu'il a directement porté sa réclamation devant le Conseil d'Etat². »

Ne peuvent être attaqués par le recours pour excès de pouvoir encore :

Les décisions des juridictions d'assistance, soit aux vieillards, infirmes ou incurables conformément à la loi du 14 juillet 1905, soit relatives aux familles nombreuses (conformément à la loi du 15 juillet 1913). Les décisions d'un Conseil Municipal, ayant pour objet l'admission ou la radiation de la liste d'assistance, doivent être portées au premier ressort à la Commission cantonale et en appel à la Commission centrale et point devant le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir³. Ces décisions peuvent faire l'objet d'un recours en cassation porté devant le Conseil d'Etat statuant comme juge de cassation.

Les décisions des juridictions fiscales en matière des bénéfices de guerre (conformément à la loi du 1^{er} juillet 1916 et en matière de classement des établissements de luxe (confor-

1. V. C. d'E. 25 mai 1900, *Porel*, R. p. 356.

2. V. C. d'E. arrêt du 30 mai 1919, *Marcin*, R. p. 488.

3. V. C. d'E. 14 novembre 1913, *Dame Vieilledent*, R. p. 1085.

mément à la loi du 25 juin 1920), ne sont pas susceptibles du recours pour excès de pouvoir, mais du recours en cassation devant le Conseil d'Etat. Il s'agit des décisions d'une Commission supérieure qui est le juge de première et dernière instance en cette matière.

Le recours pour excès de pouvoir, n'est pas non plus recevable contre les décisions des tribunaux départementaux et des Cours régionales des pensions militaires (conformément à la loi du 31 mars 1919). Contre ces décisions on peut seulement former le recours en cassation.

Les décisions des tribunaux des dommages de guerre et de la Commission supérieure d'appel institués par les lois du 17 avril 1919, et du 31 mai 1921, ne sont pas susceptibles du recours pour excès de pouvoir, et par l'effet de la loi du 31 mai 1921, le recours en cassation contre les décisions de la Commission supérieure d'appel est même impossible.

Les décisions des Commissions départementales de reconstitution des propriétés foncières dans les régions dévastées par la guerre (loi du 4 mars 1919) doivent être considérées comme des actes juridictionnels¹. En conséquence seul le recours en cassation serait recevable contre elles. C'est en ce sens qu'il faut interpréter le décret du 10 septembre 1920, qui dispose que les décisions de la Commission départementale sont définitives, à l'égard de tous les intéressés et ne peuvent être attaquées devant le Conseil d'Etat que pour incompetence, excès de pouvoir, ou violation de la loi.

Les décisions du Conseil supérieur de l'Instruction publique statuant en appel des décisions des Conseils d'Université, prises en matières disciplinaires contre un professeur de l'enseignement supérieur, ou en appel des décisions des Conseils académiques prises contre un professeur de l'enseignement secondaire, sont de véritables décisions juridictionnelles prises en dernier ressort (article 9 de la loi du 27 février 1880), elles ne sont pas susceptibles du recours pour excès de pouvoir, mais du recours en cassation.

1. C. d'E. 17 novembre, *Legillon*, R. p. 849.

CHAPITRE IV

Le Recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre les actes administratifs formels objectifs ou contre les actes subjectifs unilatéraux qui portent atteinte à une situation juridique objective.

Pour que le recours pour excès de pouvoir soit recevable, nous avons dit, qu'il faut qu'il y ait un acte, ou une décision; que *cel acte soit juridique et exécutoire*, qu'enfin cet acte juridique émane d'une autorité comprise dans la hiérarchie administrative. De là ne résulte pas que tous les actes administratifs formels, peuvent être attaqués pour excès de pouvoir. Il apparaît d'abord que, seuls, les actes administratifs formels *objectifs*, soit unilatéraux, soit plurilatéraux, mais non contractuels, peuvent être attaqués par cette voie de droit objectif, qui est le recours pour excès de pouvoir.

Ce sont les actes règles et les actes conditions, à l'occasion desquels une situation du droit objectif est en jeu.

Mais la jurisprudence du Conseil d'Etat en son évolution est arrivée aussi à admettre le recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs subjectifs non contractuels qui portent atteinte à une situation de droit objectif. Le principe établi par la doctrine et confirmé par la jurisprudence, est que les actes contractuels ne peuvent être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, c'est ainsi que les contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits, sont de la compétence exclusive du juge du contrat, des tribunaux

judiciaires ou Conseil de Préfecture. Ici il ne s'agit plus d'une question de légalité objective, mais d'une question de droit subjectif de la compétence du Contentieux subjectif.

C'est ce que nous allons voir dans le présent chapitre.

Section I. — Les actes règles

Les actes règles établissent, modifient ou suppriment une situation générale et impersonnelle. Nous avons vu que le type par excellence de l'acte règle, c'est *la loi proprement dite*.

La loi proprement dite, nous avons démontré (dans notre deuxième chapitre, section I « Les actes législatifs ») que dans l'état actuel du droit positif français, elle n'est pas susceptible, conformément à l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, d'être attaquée par le recours pour excès de pouvoir. Il n'y a pas de doute, que l'introduction d'un pareil contrôle contre ces actes serait fort désirable. Mais nous ne pouvons pas croire qu'il sera réalisé dans un avenir bien proche, surtout aujourd'hui où la domination du parlementarisme est plus forte que jamais. Même si ce contrôle était introduit par la voie législative, c'est-à-dire par la modification de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, il restera sans aucun effet. Nous ne pouvons pas concevoir, comment le Gouvernement emploiera la force étatique de contrainte contre lui-même.

Parmi les actes règles susceptibles de faire l'objet du recours pour excès de pouvoir figurent aussi : *les actes réglementaires : les règlements simples, d'administration publique, autonomes, de nécessité, coloniaux et les décrets-lois*.

§ 1. Les actes réglementaires du Chef de l'Etat

Avec le progrès des idées démocratiques et avec le régime représentatif en France, l'activité législative de l'Etat se développe continuellement. Ainsi l'organe législatif primaire le Parlement, est dans l'impossibilité matérielle de voter

toutes dispositions par voie générale qui sont nécessaires. Il est alors obligé de recourir à l'organe exécutif. Il l'invite à compléter son œuvre législative et pour cela, il lui confère le pouvoir réglementaire. La législation réglementaire qui est une exception au principe de la légalité formelle, dépasse de beaucoup en étendue la législation par voie de loi formelle. Aussi c'est avec beaucoup de raison que s'exprime ainsi M. Berthélemy, Doyen de la Faculté de Droit de Paris¹, « que l'article qui a conféré au Président de la République le pouvoir réglementaire est devenu un article de style; et nous n'avons guère de texte en vingt articles qui n'ont pour appendice un décret en vingt pages ».

Le pouvoir réglementaire peut-il être une prérogative de la fonction exécutive? Quelles sont les autorités qui possèdent le pouvoir réglementaire? Dans quel domaine ce pouvoir peut-il s'exercer? Ces questions n'entrent pas dans notre sujet, nous supposons purement et simplement son existence. La loi et le règlement sont assimilés, quant à leur nature juridique intrinsèque. Ce sont des dispositions par voie générale, quel que soit l'organe dont ils émanent. Ils sont des actes législatifs matériels. Mais du point de vue formel, ils sont des actes administratifs², parce qu'ils émanent d'une autorité administrative, (Chef de l'Etat, Ministres, Préfet, Maire, Conseillers généraux, Conseillers Municipaux, etc.).

Certains auteurs soutiennent à tort que le règlement est un acte administratif tant au point de vue formel que matériel³. Le règlement est du point de vue matériel un acte législatif. En effet, les tribunaux ont, non seulement le pouvoir mais aussi le devoir de les interpréter en vue d'assurer

1. M. Berthélemy « Le pouvoir réglementaire du Président de la République » art. publié dans *R. P. P.* 1898, p. 6 et s.

2. V. Duguit, *Traité*, t. II, 2^e éd., p. 182 et s.; t. II, 3^e éd., p. 209 et s.; *L'Etat*, 1901, p. 508; Geny, *Méthode d'interprétation*, 2^e éd. t. I, p. 248; Moreau, *Le règlement administratif*, p. 60; Jèze, *Principes*, 2^e éd., t. I, p. 22; Bonnard, *Précis*, p. 157; Appleton, *op. cit.*, p. 105 et 108 et s.

3. Esmein, *op. cit.*, 8^e éd., rev. par Nézard, t. II, p. 87; Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 336 et 571 et s.; Nézard « Le contrôle juridictionnel des règlements d'administration public. » *R. G. d'adm.* 1908, p. 261, Renault, *op. cit.* p. 90 et s. soutient que ces actes réglementaires sont des actes discrétionnaires.

leur application, ainsi qu'ils font pour les actes législatifs formels, quoique les règlements de toutes catégories ne soient que des actes administratifs formels. Mais si, jusqu'à maintenant, les tribunaux français n'ont admis aucun contrôle, ni direct, ni indirect sur l'acte législatif formel, au contraire ils admettent aussi bien l'exception d'illégalité et l'exception d'inconstitutionnalité que le recours pour excès de pouvoir contre les règlements, malgré leur nature législative matérielle. Si les tribunaux saisis d'un procès déterminé, estiment que le règlement est fait en violation soit d'une loi ordinaire soit d'une loi constitutionnelle, ils déclarent le règlement illégal et se refusent à en faire application dans l'espèce mais sans avoir le droit de l'annuler. Le règlement subsiste jusqu'à ce qu'il ait été annulé par l'autorité compétente, juridictionnelle ou administrative et un autre tribunal ou le même dans un autre cas pourra en faire application. C'est l'exception d'illégalité. Mais les Tribunaux judiciaires ont, en dépit de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, le droit d'interpréter les règlements de police conformément à l'article 471, al. 15 du Code pénal. Ici il y a un conflit entre la jurisprudence du Tribunal des Conflits et la Cour de Cassation. Ils ne se sont pas encore mis d'accord. Le Tribunal des Conflits n'admet ce contrôle que dans le seul cas prévu par l'article 471 du Code pénal¹. En ce qui concerne l'autorité judiciaire le problème est résolu depuis longtemps; l'exception d'illégalité qui autrefois n'a été qu'une disposition spéciale s'appliquant seulement aux règlements de simple police, aujourd'hui est devenu une règle générale et est admise contre tous les règlements et devant tous les juges, soit civils, soit administratifs ou correctionnels². La doctrine se prononce dans le même sens³.

1. V. Trib. des Conflits, 16 juin 1923, p. 498. *Septfonds*, D. P. 1924-3-41.

2. V. Cass. Chamb. crim. arrêt du 28 août 1902, S. 1903-1-489; cass. 24 octobre 1917, S. 1918-1-193 avec la note de Duguit; cass. 10 janvier 1921, S. 1921-1-193 avec la note de M. Appleton; 15 mai 1922, gaz. parlem. 1922-2-166; 13 février 1913, S. 1923-1-131; 16 juin 1923, R. 418; Cass. civ. 27 avril 1926; *Phan Kan Muoi*, D. P., 1926-1-213.

3. V. Duguit, *Traité*, t. 111, 2^e éd., p. 52, et sa note sous cassat. civ. du 24

Nous estimons que cette jurisprudence remarquable de la Cour de Cassation est plus utile, raisonnable et pratique. Elle écarte tous les frais et retards avec les questions préjudicielles. Mais il est probable que la Cour de Cassation finira par se conformer à l'opinion du Tribunal des Conflits.

La compétence accordée aux tribunaux, d'apprécier, soit la légalité, soit l'inconstitutionnalité des règlements n'écarte pas le recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Ce sont deux choses tout à fait différentes. Un tribunal judiciaire peut apprécier l'inconstitutionnalité ou l'illégalité d'un règlement émanant d'une autorité administrative parce qu'il est une loi matérielle, ou en vertu de l'article 471 nr. 15. Le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat est aussi recevable contre ce même règlement, parce qu'aux termes de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, il est recevable contre les actes émanant des diverses autorités administratives.

Aujourd'hui, vis-à-vis de toutes sortes de règlements, le recours pour excès de pouvoir, aussi bien que l'exception ou d'illégalité et d'inconstitutionnalité, fonctionnent d'une manière satisfaisante. Nous n'avons pas à retracer ici tout ce développement. Nous nous limiterons à rappeler seulement à grands traits comment le recours pour excès de pouvoir est arrivé aujourd'hui à être applicable à tous les règlements des diverses autorités administratives. C'est la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les simples règlements qui fut d'abord admise, elle l'est depuis longtemps. Puis, elle a été admise à une date récente contre les règlements d'administration publique, les règlements coloniaux et dictatoriaux. Cela est venu de ce que le caractère politique attribué d'abord au Gouvernement a disparu avec le temps.

octobre 1917, S. 1918-19-1-139; Esmein, *op. cit.*, 8^e éd., t. II, p. 82 et s.; Hauriou, *Précis*, 10 éd., p. 69 et la note sous Trib. des Conflits, 29 juillet 1916, S. 1917-3-1; M. Berthélemy, note sous cassat. de Roumanie, arrêt du 16 mars 1912, D. P. 1912-2-201; Moreau, *op. cit.* p. 175 et s.; Jèze, *Principes*, 3^e éd., t. I, p. 350; Nèzard, *op. cit.* p. 60 et s., Réglade « L'exception d'illégalité en France » R. D. P. 1923, p. 409.

Le Gouvernement a perdu ce caractère pour prendre celui de chef des agents administratifs.

§ 2. Les règlements simples

La base positive du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat en France se trouve dans l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, aux termes duquel le Président de la République est autorisé à prendre des mesures complémentaires nécessaires pour surveiller et assurer l'exécution des lois sans que le législateur lui donne de mandats exprès ou spécial d'intervenir. Divers autres textes législatifs ont conféré à des autorités administratives le pouvoir de faire des règlements¹. Au début, la jurisprudence a rejeté le recours pour excès de pouvoir contre les actes réglementaires ordinaires, en raison du caractère politique du roi considéré comme ayant une force et un prestige politique plus grands que le Parlement. On disait que le Président de la République n'est pas un simple agent administratif et qu'au contraire il est un représentant, collaborant avec le Parlement aux diverses fonctions étatiques. Il participe à la confection des lois formelles, en plus de l'exercice de son pouvoir d'initiative et de promulgation. S'y ajoute encore le pouvoir réglementaire. Cependant on admet l'exception d'illégalité contre ces actes réglementaires².

C'est vers le milieu du XIX^e siècle qu'apparurent les premiers arrêts du Conseil d'Etat déclarant recevable le recours pour excès de pouvoir formé contre les règlements simples³. On exceptait encore les règlements d'administration publique dans lesquels on voyait un véritable acte politique ou législatif, accompli sur délégation des Chambres⁴.

1. Telles sont les lois du : 5 avril 1884 et du 21 juin 1898, en matière de police municipale et rurale, etc...

2. V. C. d'E. 6 janvier 1888, *Salle*, R. p. 2.

3. C. d'E. 25 avril 1845, *Ville d'Ambroise*, R. p. 497; et 20 novembre 1845, R. p. 487.

4. C. d'E. 20 décembre 1872, *Fresneau*, D. 74-3-72.

§ 3. Les règlements d'administration publique

Mais à côté de ce pouvoir réglementaire ordinaire, dont dispose le Chef de l'Etat pour régler les détails d'application et compléter une loi, le Président de la République a le pouvoir de faire des règlements appelés règlements d'administration publique : Ce sont les règlements que le législateur invite le Gouvernement à faire, et, qui doivent être délibérés en Conseil d'Etat réuni en Assemblée générale. Suivant l'expression reconnue inexacte et écartée par la majorité de la doctrine, on dit qu'ils sont faits en vertu d'une délégation législative, les règlements d'administration publique sont constitués avec des règles de droit générales et impersonnelles formulées par le Président de la République après délibération en Assemblée générale du Conseil d'Etat et sur l'invitation expresse adressée par les Chambres dans la loi même. Le règlement d'administration publique est une loi matérielle et un acte administratif formel, susceptible, comme tel, d'être attaqué par le recours pour excès de pouvoir.

La jurisprudence et la doctrine décidaient autrefois que le recours pour excès de pouvoir n'était pas recevable contre de pareils actes. La raison sur laquelle on fondait cette solution était que le Président de la République faisant un règlement d'administration publique agissait comme organe politique revêtu d'un caractère représentatif et non comme autorité administrative; d'après d'autres, le Chef de l'Etat agissait comme autorité législative et qu'il y avait là un acte législatif formel et matériel et qu'ainsi aucun recours n'est possible contre lui¹.

Vers 1872, la jurisprudence, tout en admettant et soutenant l'idée fautive de délégation, source inépuisable de confusions et d'erreurs, comme dit le Doyen Duguit, a reconnu que

1. V. C. d'E. 20 décembre 1872, *Fresneau*; R. p. 3, D. 1874, 3-72; 1^{er} avril 1892, *Commune de Montreuil-sous-Bois*, R. 328; D. 1893-3-80; 8 juillet 1892, *Ville de Chartres*, R. 607, D. P. 1893-3-80; Cass. 22 avril 1902, *Fonque* V. dans le même sens, M. Laferrière, *op. cit.*, t. II, 2^e éd., p. 10 et 11; Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 1900, 7^e éd., t. I, p. 91, Batbie, *Traité*, t. III, p. 69 s.

les tribunaux judiciaires avaient le droit de juger l'exception d'inconstitutionnalité intrinsèque et extrinsèque; soit d'examiner si le Gouvernement avait pris l'avis du Conseil d'Etat ou bien si le règlement avait été fait dans les limites de la loi, lui donnant compétence, et s'il n'était pas en contradiction avec cette loi ou une autre disposition législative formelle, ou bien, enfin, si le Gouvernement était resté dans sa mission en faisant ce règlement¹.

Suivant un procédé qui lui est familier, le Conseil d'Etat alla plus loin, en atténuant beaucoup la rigueur de sa solution. C'est ainsi qu'il admit dans plusieurs arrêts que les décisions faisant application d'un règlement d'administration publique, de même que les mesures d'exécution de ce règlement peuvent être annulées par voie du recours pour excès de pouvoir².

Cette jurisprudence fut confirmée par plusieurs arrêts ultérieurs³, dans lesquels, le Conseil d'Etat examine la légalité générale du règlement d'administration publique. Mais le Conseil d'Etat continua à rejeter, en principe, le recours pour excès de pouvoir, contre les règlements d'administration publique, considérant l'invitation ou l'autorisation du Parlement, comme une délégation de compétence faite par le Parlement au Gouvernement ayant pour effet de transformer le Chef de l'Etat d'autorité administrative en autorité législative. Cette solution du Conseil d'Etat était en contradiction même avec sa propre solution, qui admettait tout

1. Trib. confl. 13 mai 1872, D. P. 1872-3-73; C. d'E. 6 janvier 1888, D. P. 88-3-37, 26 janvier 1900, *Malivert*, D. P., 1901-3-25; 13 mai 1900, *Brac de La Ferrière*, 13 janvier 1913, R. 673, S. 1918-3-1 avec conclusions de M. Blum, et une note de Hauriou; Cass. 22 avril 1902; 26 juillet 1905, *Valz*, D. 1906-1-25; 24 octobre 1917, *Guillon, Préfet de la Seine*, S. 1918-19, 193 avec une remarquable note de Duguit; Cass. 10 janvier 1921, D. 1921-1-49 avec une note de M. Appleton.

2. Dans l'affaire de *Montreuil-sous-Bois* précitée, le C. d'E. rejette le recours contre un règlement d'administration publique du 31 janvier 1890, en raison de sa nature législative mais indique aux requérants qu'ils peuvent attaquer les mesures d'exécution du dit règlement.

3. C. d'E. 13 mai 1910, *Cie des tramways de l'Est parisien*; 12 mars 1915, *Soc. de vidanges des locaux rouennais*; 26 avril 1918, *Sollier*; 3 février 1922, *Ville de Tulle*; juillet 1922, *Ville de Pau* et autres.

recours en annulation contre les mesures d'exécution d'un règlement; recours à l'occasion duquel on discutait même la validité de ce règlement. C'est pour cela que la jurisprudence a abandonné complètement son point de vue, à partir de l'arrêt *des Compagnies de Chemin de fer* du 6 décembre 1907, en déclarant le recours pour excès de pouvoir recevable et contre les règlements d'administration publique¹. A partir de cette date, s'est trouvée confirmée d'une manière constante, tant par la jurisprudence que par la doctrine, la solution de l'arrêt du 6 décembre 1907².

De cette solution de la jurisprudence, il résulte que le Président de la République, faisant un règlement d'administration publique, agit comme autorité administrative et non comme organe politique ou législatif. Le Conseil d'Etat s'est rendu compte que le Président de la République, en faisant des règlements d'administration publique, ne les fait pas en vertu d'une délégation législative du Parlement, mais en vertu de son propre pouvoir conféré, soit par la loi constitutionnelle, soit par les lois spéciales, soit en vertu d'une coutume constitutionnelle, ainsi toutes les voies de droit sont possibles contre le règlement d'administration publique, aussi bien que contre les autres règlements, soit complémentaires ou coloniaux. Malheureusement la jurisprudence ne peut pas se débarrasser encore de cette terminologie confuse de délégation, malgré sa condamnation par la

1. C. d'E. 6 décembre 1907, *Cie chemin de fer de l'Est et du Midi*, S. 1908-3-1, avec les remarquables conclusions développées par le Commis. du Gouv. M. Tardieu, et la note de Hauriou sous arrêt du C. d'E. du 7 juillet 1926, *Decugis*.

2. C. d'E. arrêts du 3 avril 1908, D. P. 1909, 3, 105, 10 avril 1908, D. P. 1909-3-121; 26 décembre 1908, *Caisse régionale de crédit agricole de la Loire-Inférieure*, R. 1094, 1^{re} espèce; D. P. 1909-3-63; 7 avril 1911, *Massoire*, R. 433 S. 1913-3-148; 7 juillet 1911, *Dubois et autres*, R. p. 797, S. 1914-3-36 avec conclusions com. du gouv. L. Blum; 24 novembre 1911 (2 arrêts) *Seurin et Lenoir*, R. 1075, S. 1914-3-78. M. Moreau, *op. cit.*, 1902, p. 147 et M. Alibert, *op. cit.*, p. 147 adopte un système que l'on peut qualifier d'intermédiaire, et qui est devenu celui de la jurisprudence d'aujourd'hui, c'est-à-dire, ils admettent l'idée de la délégation législative, mais aussi le recours pour excès de pouvoir. V. C. d'E. arrêt du 24 décembre 1926, *Brassaud et autres*, S. 1927-3-33, avec la note de M. Hauriou, où le C. d'E. annule certaines dispositions d'un régl. d'ad. publ. pour violation des formes.

doctrine¹ M. Barthélemy écrit que : « Les Chambres n'ont pas la disposition du pouvoir législatif, elles n'en ont que l'exercice. Le pouvoir de faire la loi n'est pas un droit qu'on leur accorde, c'est une charge qu'on leur confie. Le pouvoir législatif ne saurait donc être délégué². M. Jèze écrit également que : « Le pouvoir de faire la loi, comme tout pouvoir fonctionnel n'est pas susceptible de délégation³ » M. Rolland, dans un article publié dans la *Revue de Droit public* s'exprime en ces termes : « Sur l'impossibilité d'une délégation du pouvoir législatif, nous ne croyons pas devoir insister, tant la solution est certaine maintenant. Tenant son pouvoir de légiférer d'un texte constitutionnel, investi, si l'on préfère, d'une compétence par ce texte le Parlement n'est pas le maître de ce pouvoir et de cette compétence. Il doit exercer lui-même et ne peut, en l'absence d'un texte l'y autorisant, s'en décharger sur un autre organe d'Etat, si haut placé qu'il soit, pas plus qu'il ne pourrait s'en décharger sur le corps électoral ou l'ensemble des citoyens⁴.

Malgré tout, la jurisprudence du Conseil d'Etat continue à décider que la délégation en temps de guerre est implicite et qu'elle peut devenir même une véritable règle de droit⁵. Mais elle semble avoir craint de laisser sans base juridique les règlements d'administration publique.

Il est regrettable que la jurisprudence soit illogique avec elle-même, car en persistant à voir dans les règlements d'administration publique une délégation législative, elle devrait repousser le recours pour excès de pouvoir, contre

1. V. *op. cit.* éd. revue par M. Nézard, t. II, p. 84, 86 et 113; M. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 591 et s.; M. Bonnard, *Précis*, p. 140; M. Réglaude « L'exception d'illégalité en France », *R. D. P.*, p. 403 et s. et tirage à part.

2. Berthélemy « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *R. P. P.*, t. 15 p. 5 et 322; *Trailé*, 11^e éd., p. 123; V. aussi Hauriou, *Précis*, 10^e éd., p. 61 et 11^e éd., p. 452 et note, S. 1908-3-11; V. Berthélemy et Duez, *op. cit.* p. 200, 259 et 262 qui disent que : « En France, c'est un principe formulé par la majorité des auteurs du droit public, que la compétence et pas plus celle du Parlement qu'une autre, ne peut se déléguer. »

3. M. G. Jèze, *Principes*, t. I, 3^e éd., p. 380 et *R. D. P.* 1908, p. 47 et s.

4. M. Louis Rolland, *R. D. P.* 1924, p. 15 et s.

5. V. C. d'E. arrêt du 1^{er} août 1919, *Saupiquet*, R. p. 727, avec conclusions du commissaire du Gouvernement M. Riboulet.

ces actes, comme n'émanant pas d'une autorité administrative, et comme elle a fait jusqu'en 1907.

Nous, personnellement, nous repoussons avec la majorité de la doctrine l'idée de la délégation législative, non seulement comme dangereuse et inconstitutionnelle, comme dit le Doyen Duguit, mais aussi comme impossible. Lorsque le Parlement invite le Président de la République à user de son pouvoir réglementaire, il ne crée pas ce pouvoir, puisqu'il existe déjà en vertu de la loi constitutionnelle, donc le Président de la République ne tient pas son pouvoir réglementaire de l'autorité législative. Donc, il n'y a pas en fait de délégation possible. L'illustre savant de Bordeaux, Léon Duguit, repousse en termes très énergiques cette idée de délégation. « L'idée de délégation doit être absolument écartée du droit public et l'expression en devrait être bannie. Toute délégation implique que le titulaire d'un droit subjectif charge une autre personne de l'exercer à sa place. Or, un organe de l'Etat quel qu'il soit, qui est investi d'une certaine compétence déterminée par la loi, n'est point le titulaire d'un droit subjectif; c'est l'Etat et non pas l'organe qui est titulaire, l'organe ne peut donc point déléguer un droit qu'il n'a pas »¹.

Esmein considérerait toute délégation du pouvoir législatif comme juridiquement impossible. Le pouvoir législatif n'est point l'exercice d'un droit, mais d'une fonction. « C'est une fonction, dit Esmein, que la Constitution leur confie, non pas pour en disposer à leur gré mais pour l'exercer elle-

1. V. Duguit, *Traité*, t. IV, 2^e éd., chap. 3, p. 47, 705 et s. *L'Etat*, t. II, p. 296. Le Doyen ajoute que : « Le Parlement n'est pas titulaire d'un prétendu pouvoir législatif, il a une certaine compétence, il ne peut point la transmettre, la compétence n'est pas un droit qui se transmet. » Le C. d'E. décide de même que la compétence étant personnelle ne se délègue pas. V. arrêts C. d'E. du 27 juillet 1888, *Nouvelle Calédonie*, R. 622; 21 février 1919; *Mimieux*, R. 200, 2 déc. 1892, S. 94-3-97; 8 août 1919; *Laronne*, Rec. 737; 4 juin 1926, *Veuve Drouard*. Il s'agissait d'un refus de pension. Le C. d'E. comme le juge de cassation décide que le directeur de la liquidation n'avait pas qualité pour prendre une décision de rejeter de pension. » Il n'appartient pas aux Ministres, dit le C. d'E., de déléguer, hors le cas prévu par une loi ou un décret, aucune partie des pouvoirs de décision dont ils sont légalement investis à un fonctionnaire placé sous leurs ordres. »

même, d'après les règles constitutionnelles. Seul le souverain peut faire une semblable délégation, et le pouvoir législatif n'est pas le souverain, mais seulement le délégué du souverain¹ ».

Mais on pourrait très bien se demander, pourquoi la délégation législative est possible une première fois et non une deuxième? Si la délégation de fonction législative faite par la Nation au Parlement est possible, pourquoi à son tour la même délégation serait-elle interdite de la part du Parlement au profit de l'exécutif?

A cette objection faite par plusieurs auteurs, il faut répondre que la Nation seule titulaire de tout pouvoir ne délègue pas le pouvoir législatif, mais seulement l'exercice de ce pouvoir. Et même si la Nation délègue le pouvoir législatif, l'ancien principe romain : « *Delegata potestas non delegatur* », s'oppose à cette délégation.

Mais il est absurde d'imaginer une délégation dans laquelle celui qui délègue ne connaît pas la personne déléguée. C'est une attribution de compétence à un organe déterminé.

L'élargissement des conditions de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir réalisé par l'administration contre les actes réglementaires de toutes espèces, confère des garanties plus sérieuses aux administrés contre l'arbitraire de gouvernement et d'administration, qui n'a pas été compensé par la suppression du recours indirect. Ce dernier s'est au contraire développé et affirmé².

Le Gouvernement, dans certains cas exceptionnels, sous certaines conditions et sous la pression de nécessité urgente,

1. Esmein, *Éléments de droit Constitut.*, 8^e éd. revue par Nèzard, t. II, p. 84 et 86; « De la délégation législative », *R. P. P.* t. I, 1894, p. 102 et 103. V. aussi en ce sens Paul Negulescu, *Trata drept ad. român*, 3^e éd., vol. I, liv. I, chap. 6 § 119, p. 339. M. René Capitant dans *L'Illicite*, t. I : *L'Impératif juridique*, 1928, p. 144 et s. Hauriou, *Précis de droit Constitutionnel*, 2^e éd., 1929, p. 264 et 265, admet au contraire l'idée de la délégation de matière et non de pouvoir ou de compétence au cas de règlement d'administration publique et la rejette pour les autres règlements, p. 443.

2. V. les arrêts du C. d'E. du 6 décembre 1907, *Cie de l'Est*, précité; 12 février 1909, *Caisse de secours du diocèse d'Angoulême et de Moulins* (2 arrêts) R. p. 160.

peut édicter spontanément des règlements sur une matière législative, qui n'est pas attribuée au pouvoir réglementaire. Ce sont :

§ 4. Les règlements de nécessités

En Allemagne appelés *Nothverordnung*. Par ces règlements, le Gouvernement peut modifier les lois formelles, en suspendre l'application¹, prendre des mesures nouvelles de la compétence normale du législateur. On peut citer à titre d'exemple le décret du 15 août 1914, suspendant pour la durée de la guerre, pour les militaires, l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 et le décret du 7 janvier 1915 interdisant l'ouverture des nouveaux débits de boissons etc...

La légalité de ces règlements de nécessité est admise sous cinq conditions : il faut qu'il y ait :

1° un *état anormal* ou force majeure, exemple, une guerre étrangère, civile, grève, un péril international et non simplement politique.

2° *Impossibilité de réunir le Parlement* pour lui demander une loi.

3° *L'urgence à agir*.

4° *Soumission du règlement à l'approbation du Parlement* à sa première réunion.

5° *Qu'ils ne soient pas contraires à la constitution*.

Si une de ces conditions fait défaut les tribunaux peuvent contester leur légalité et refuser d'en faire l'application².

1. Esmein, *op. cit.* 8^e éd., rev. par M. Nézard, p. 90 et 99, et note 953.

2. V. en ce sens les arrêts de la Cour de Cassation du 30 novembre 1916, par laquelle déclare d'illégal le décret du 7 janvier 1915, portant interdiction de la vente en gros et en détails de l'absinthe, et prohibant l'ouverture de nouveaux débits de boissons, alors que le Parlement se trouvait réuni. *R. D. P.*, 1917, p. 307; 31 mai 1918 déclarant illégal le décret du 30 novembre 1917, interdisant la fabrication de la pâtisserie aux boulangers; 3 novembre 1917, déclarant illégal le décret du 3 mai 1917 prescrivant le blutage du blé à 85 %. S. 1917-1-145 et la note de M. Roux. « Entendu que le Gouvernement ne peut modifier par des décrets une disposition législative et édicter des sanctions pénales que lorsqu'il y a été autorisé par une disposition générale ou spéciale de la loi; que cette délégation en ce qui concerne la faculté de modifier le taux d'extraction de la

Ces règlements de nécessité, jusqu'à leur ratification, sont des actes administratifs formels et comme tels susceptibles d'être annulés en recours pour excès de pouvoir, en raison de l'auteur duquel ils émanent.

Lorsque le Gouvernement les soumet à la ratification du Parlement à sa première réunion, pour être convertis en lois, ces règlements deviennent des lois formelles et par conséquent échappent au recours pour excès de pouvoir¹. Seule l'exception d'inconstitutionnalité pourrait être admise, de même que contre les actes législatifs.

La loi du 30 mars 1915 ratifie une série de ces règlements, spécialement les décrets du 15 août 1914, du 30 novembre 1914, du 29 septembre et du 10 octobre 1919, et d'autres. Mais si le Gouvernement ne les soumet pas à la ratification ou validation du Parlement, ces règlements sont illégaux et toute juridiction peut refuser d'en faire application. Sur ce point de vue la jurisprudence des tribunaux judiciaires n'est pas d'accord avec celle du tribunal administratif.

Tandis que la Cour de Cassation et les tribunaux judiciaires n'ont pas hésité à déclarer illégaux les divers décrets que le Gouvernement n'a pas soumis à la ratification du Parlement à sa première réunion, le Conseil d'Etat au contraire a déclaré, que les décrets déclarés illégaux par les tribunaux judiciaires sont légaux en dehors de toute ratification législative : c'est ainsi que le Conseil d'Etat rejette le recours pour excès de pouvoir, intenté par le *Général Verrier* contre le décret du 20 août 1914 qui l'a admis d'office à la retraite².

farine, ne se rencontre dans aucune loi; d'où il suit qu'en déclarant non obligatoires les prescriptions du décret du 3 mai 1917, la Cour de Poitiers n'a violé aucune disposition légale. »

1. La Jurisprudence du C. d'E. se prononce dans le même sens. C'est-à-dire qu'un pareil règlement une fois ratifié soit expressément, soit d'une façon implicite, n'est plus susceptible d'être attaqué par le recours pour excès de pouvoir. Arrêts C. d'E. 10 mars 1922 *de Boullay et Cie*, 13 juillet 1922; *Pleury*, gaz. parl. 1923-2-551.

2. V. arrêts du C. d'E. du 30 juillet 1915, R. p. 257. Le C. d'E. confirme la légalité du décret du 10 septembre 1915 précité dans son arrêt du 25 février 1916, R. 89. En décidant que le dit décret était valable par lui-même, malgré qu'il n'ait pas été ratifié par le Parlement. V. aussi : 28 juillet 1916, *Rodrigues*, R. p. 335; 6 août 1915, *Leraillé*, R. p. 288; 15 juin 1917, *Tapernot*, R. p. 463 et 16 janvier 1920, *Fabre*, R. p. 38.

Dans l'affaire *Fabre* le Conseil d'Etat reconnaît la légalité du décret du 10 septembre 1915 suspendant pendant la durée de la guerre l'application de l'article 65 de la loi de 1905 pour les fonctionnaires civils et qui n'a jamais été ratifié par le Parlement, motif pris que le Président de la République assure l'exécution de la loi en la suspendant¹.

C'est avec raison que le Doyen Duguit taxe ce dernier arrêt d'incohérent².

La légalité et la nécessité de ces règlements sont unanimement admises, tant par la jurisprudence que par la doctrine. Il n'en résulte pas que le Gouvernement puisse commettre des actes de despotisme et d'arbitraire au mépris du principe de la légalité formelle, dont ce règlement est une exception.

Il est désirable que le Conseil d'Etat adopte le point de vue de la Cour de Cassation en admettant tout contrôle juridictionnel contre les règlements de nécessités non ratifiés.

En ce qui concerne l'existence d'un droit de nécessité, (Notrecht), au profit de l'Etat qui dispenserait l'Etat de l'observation des règles de droit conformes à la vieille formule romaine « *Salus populi suprema lex* », nous ne pouvons pas l'accepter³.

De cette formule, la doctrine allemande a construit la fameuse et fausse théorie de l'auto-limitation de l'Etat par Gerber, Jhering, Jellinek, Kohler, d'après laquelle l'Etat ne serait jamais obligé de respecter les droits (*Not Kennt Kein Gebot*: « Nécessité n'a pas des lois »). Or, le droit existe

1. « Considérant, décide la haute juridiction administrative, qu'en le prenant le Président de la République n'a fait qu'user légalement des pouvoirs qu'il tient de l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. »

2. V. Léon Duguit, *Traité*, t. III, 2^e éd., p. 703.

3. V. Laband, *Droit public d'Empire Allemand*, trad. fr. t. I, p. 11; t. II, p. 386, reconnaît le Nothrecht dans l'Empire. Jellinek *Allgemeine Staatslehre*, p. 302 et s., et *L'Etat moderne*, éd. fr. t. I, p. 549 et s.; et t. II, p. 162 et s.; Jhering, *Der Zweck im Rechte*, t. I, p. 307, 311 et 336 et s. Le droit allemand accorde au chef de l'Etat allemand le droit de prendre des *Nothverordnungen*, ou des règlements de nécessité dérogeant aux lois. V. cfr. constitution allemande de 11 août 1919, art. 48.

à cause de la société, et non la société à cause du droit, et c'est pour cela que l'Etat doit conserver la société en respectant le droit de tous. Nous sommes d'avis que dans l'état actuel du droit, il n'existe pas de droit de nécessité, il existe une supériorité juridique de la nécessité sur la Constitution, créant une compétence nouvelle au profit du Gouvernement d'accomplir des actes juridiquement réguliers. Le Gouvernement ne peut agir que dans des conditions prévues et sous le contrôle des règles du Parlement.

La nécessité ne fait pas disparaître le contrôle du juge gardien de la légalité. La nécessité ne crée pas le droit et ne remplace pas la loi, à laquelle le Président de la République, comme les autres agents administratifs, en temps de guerre comme en temps de paix, demeure soumis, et qu'il est chargé de faire exécuter.

Le contrôle de la constitutionnalité de la légalité par voie d'action et exception contre les actes constitutionnels et illégaux, rendus en vertu de l'état de nécessité, doit être maintenu. Ni l'état de légalité, ni la Constitution ne peuvent être suspendus pendant cet état de crise¹.

Il faut dire que, bien que la France fût la partie principale en cause, dans la guerre de 1914-1918, et ait mobilisé le plus complètement ses forces nationales, *cependant le régime de la légalité n'a jamais été suspendu*, en ce sens que, quelles que fussent les mesures prises par le Gouvernement, les tribunaux ont toujours affirmé leur droit d'en contrôler la légalité soit que le Conseil d'Etat ait déclaré recevable le recours pour excès de pouvoir porté contre elles devant lui², soit que les tribunaux judiciaires aient accueilli l'exception d'illégalité, invoquée contre elles par des contrevenants³.

Le Chef de l'Etat, à côté du pouvoir réglementaire qu'il a en vertu des lois constitutionnelles, possède encore un pou-

1. V. en ce sens encore, le distingué Procureur Général de la Cour de Cassation roumaine, J. N. Stambulescu, dans son ouvrage : *Principii de drept Constitutional*. Bucarest, 1924, p. 51 et s.

2. C. d'E. arrêt *Verrier* du 30 juillet 1915, R. p. 257.

3. Arrêt Cassation 30 novembre 1916, R. D. P. 1917, p. 307.

voir réglementaire spontané autonome qui n'a point pour but de régler les détails d'application d'une loi et qui trouve sa base dans une coutume constitutionnelle¹. Ce sont :

§ 5. Les règlements autonomes

Le Parlement étant dans l'impossibilité de légiférer en toutes les matières, on a reconnu au Gouvernement le droit d'édicter des dispositions par voie générale, mais seulement sur des matières qui n'ont pas été réglées par des lois formelles et dans un domaine dans lequel le législateur ne s'est pas déjà prononcé.

Ces règlements sont des actes administratifs formels comme émanant d'une autorité administrative. Mais ils sont aussi des actes législatifs matériels. Par eux, le Chef de l'Etat se substitue au législateur ordinaire, le Parlement, mais sans pouvoir modifier, suspendre ou supprimer une loi formelle existante. Les règlements autonomes étant des actes administratifs formels, il n'y a pas de doute que tout recours juridictionnel tant par voie d'action, exception d'illégalité que d'inconstitutionnalité, sera toujours recevable contre eux.

Nous ne discuterons pas quel est le domaine des règlements, autonomes, et son étendue, ni les mesures que le législateur a prises, par la loi du 20 juin 1920, art. 8, pour empêcher tout abus auxquels le Gouvernement pourra se livrer par la voie de ces règlements.

1. V. Duguit, *Traité*, t. IV, 2^e éd., p. 728; dans le même sens M. Roger Bonnard qui dans le remarquable ouvrage, *Le Précis élémentaire de droit administratif*, p. 158, s'exprime ainsi : « La vraie base du pouvoir réglementaire du Président de la République est dans une coutume constitutionnelle qui l'a établie à son profit. » En effet, dit plus loin l'excellent professeur de Bordeaux, aucun texte de la Constitution de 1875 n'attribue ce pouvoir au Gouvernement. Mais le pouvoir réglementaire a été expressément accordé au Chef de l'Etat par la Constitution de l'an VIII, article 44. Dans la suite ayant été constamment pratiqué, même lorsque les lois ne l'ont pas expressément reconnu, on peut conclure que la disposition de la Constitution de l'an VIII est devenue par ce long usage et cette acceptation ininterrompue, une coutume d'ordre constitutionnel. » V. aussi M. Marc Réglade dans sa belle thèse intitulée : *La coutume en droit public interne*, p. 188 et s.

Un cas récent, dans lequel le Gouvernement a légiféré par voie de règlements autonomes, est le code de la route contenu dans le décret du 27 mai 1921, portant règlement général sur la police de la circulation et autres.

§ 6. Les règlements coloniaux

Le principe établi par l'article 1, § 1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui prévoit que le pouvoir législatif ne s'exerce que par le Sénat et la Chambre des Députés, ne s'applique pas aux colonies. Conformément au sénatus-consulte du 3 mai 1854, art. 18, les colonies, autres que la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion, sont soumises au régime des décrets du Gouvernement¹. Donc le Gouvernement, en vertu de ce sénatus-consulte, a pouvoir législatif pour toutes les colonies y compris l'Algérie, sauf les trois précitées.

Quant aux trois anciennes colonies, la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion, le sénatus énumère certaines matières sur lesquelles il ne peut être légiféré que par sénatus-consulte². Comme ce sénatus-consulte n'a pas été fait, il est certain que dans ces trois colonies, en ces matières, il ne peut être légiféré actuellement que par une loi formelle.

Par contre, pour les autres matières non énumérées par le sénatus-consulte, le Gouvernement a compétence pour légiférer par voie réglementaire (simples ou d'administration publique) sans violer les lois formelles existantes, applicables aux colonies.

Tous ces règlements coloniaux, soit qu'ils soient faits pour les trois colonies sur des matières non énumérées par le sénatus-consulte, soit qu'ils soient édictés pour les autres colonies, y compris l'Algérie, ne sont que des actes adminis-

1. V. art. 18 sénatus-consulte du 3 mai 1854, « Les colonies autres que la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion sont régies par des décisions de l'Empereur jusqu'à ce qu'il ait été statué à leur égard par un sénatus-consulte. » Or ni ce sénatus-consulte, ni une loi n'ont jamais été faits.

2. En matières de recrutement de l'armée, les contrats, le régime de la propriété etc...

tratifs formels, et tout recours, soit par voie d'action, soit par exception est recevable contre eux.

Pendant longtemps on a soutenu que les règlements coloniaux, de même que les règlements d'administration publique, étaient faits en vertu d'une délégation du sénatus-consulte précité, et qu'ils étaient des actes législatifs et comme tels non susceptibles d'aucun contrôle juridictionnel.

Aujourd'hui, la jurisprudence, en parfait accord avec la majorité de la doctrine¹ admet aussi bien le recours pour excès de pouvoir que l'exception d'illégalité contre ces règlements en les assimilant aux autres règlements accomplis par le Chef de l'Etat.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat a admis l'exception d'illégalité contre ces règlements coloniaux depuis 1866². Mais la haute juridiction va plus loin en déclarant aussi le recours pour excès de pouvoir recevable contre ces règlements malgré que ces décrets soient des actes législatifs au point de vue matériel par leur nature intrinsèque. Dans l'affaire *Carpot et Deves*³, il déclare recevable le recours pour excès de pouvoir formé par la colonie du Sénégal contre les décrets du 18 octobre 1904 portant organisation générale de l'Afrique occidentale. De même la Cour de Cassation admet l'exception d'illégalité contre un règlement colonial, par exemple contre les décrets du 27 mars et 28 mai 1902, organisant en Algérie des nouvelles juridictions répressives⁴. Elle déclare que l'autorité judiciaire est compétente pour interpréter les décrets coloniaux rendus soit pour l'Algérie, soit pour les colonies⁵. Dans l'affaire d'un gouverneur général de l'Indo-

1. V. Duguit, *Traité*, t. IV, p. 689 et s. et Nèzard, *Rev. gén. d'admin.* 1909, p. 129 et s.

2. S. 66-3-371; 28 mai 1863, S. 69-2-158.

3. V. arrêt C. d'E. 29 mai 1908, *Colonie du Sénégal, Carpot et Deves*, R. p. 576, S. 1909-3-25. conclus. comm. gouv. M. Tardieu et la note de M. Girault. Recueil de législation de doctrine et de jurisprudence coloniale 1908-3-217.

4. Cass. 28 août 1902, S. 903-1-489, note Roux; 15 novembre et 5 février 1903, S. 1903-1-491.

5. Cass. 21 mai 1909 *Dakar*; de même Cass. crim. 3 mai 1910. S. 1914-1-337; Cass. civ. 10 juin 1912. D. P. 1912-1-184.

chine elle se déclare compétente pour statuer sur la légalité d'un arrêté du dit Gouvernement, modifiant un décret relatif à la vente des biens des mineurs annamites¹.

Cependant que d'autres auteurs, parmi lesquels l'ancien vice-président du Conseil d'Etat, contrairement à la pratique de la jurisprudence déclarent que les règlements coloniaux échappent au recours pour excès de pouvoir comme étant des actes législatifs². MM. Teissier et Appleton³, en se basant sur l'arrêt *Nouvelle-Calédonie*⁴ rejettent de même la possibilité du recours pour excès de pouvoir contre ces règlements. Tous ces auteurs, s'ils n'admettent pas le recours pour excès de pouvoir contre les règlements, admettent au moins que les tribunaux peuvent et ont le droit de n'appliquer ces actes qu'après avoir vérifié leur existence légale et leur force obligatoire, dans un mot l'exception d'illégalité.

A certaines époques troublées, le Gouvernement a pu légiférer en des matières, qui en temps normal ne peuvent être réglées que par une loi formelle. Ce sont :

§ 7. Des décrets-lois

Les décrets-lois rendus en période de crise politique n'ont aujourd'hui qu'une importance historique. Ce sont des actes législatifs édictés par un Gouvernement provisoire ou dictatorial et considéré comme actes législatifs parce qu'en période de crise et en absence d'un organe législatif distinct, le Gouvernement concentre en lui tous les pouvoirs. A cause de ce caractère législatif formel, le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable contre ces actes, comme exemple de pareils décrets, on peut citer les décrets pris par le Gouvernement provisoire de 1848 et dans la période comprise entre le 2 décembre 1851 et le 29 mars 1852.

1. Cass. civ. avril 1926, D. P. 1927-1-9 et la note de M. L. Rolland.

2. V. M. Laferrière, *op. cit.* t. II, p. 8 et 422; Michoud, *op. cit.*, p. 283.

3. M. Teissier « *Responsabilité de la Puissance publique* », p. 18 et s.; M. Appleton, *op. cit.* p. 283.

4. Arrêt C. d'E. 16 novembre 1894, *Nouvelle Calédonie*, R. p. 493

Parmi ces derniers, on peut citer le décret organique du 2 février 1852 sur les élections. On peut encore citer les décrets du Gouvernement de la défense nationale de 1870, par exemple le décret du 5 novembre 1870 sur la publication des lois et le décret du 19 septembre 1870.

Par ces décrets-lois le Gouvernement qui exerce dans ces périodes anormales le pouvoir législatif formel pourra modifier uneloi^{et}, inversement, les décrets-lois ne pourront être valablement modifiés que par une loi formelle et non par un décret réglementaire.

La légalité de tels actes, ceux de Napoléon I^{er}, s'est posée devant la Cour de cassation sous la Restauration; la haute juridiction les a déclarés valables par le motif qu'ils n'ont pas été annulés par le Sénat conservateur. Ils ont donc été considérés comme décrets-lois. La Cour de Cassation a reconnu la légalité de pareils actes, même sans qu'ils aient été ratifiés expressément¹.

Mais l'expression « *décret-loi* » ne doit s'appliquer qu'aux mesures générales prises en matières législatives, par un Gouvernement de fait, après une révolution triomphante, sans autorisation préalable du Parlement disparu. Les décrets-lois ne doivent pas être confondus avec les décrets réglementaires pris en des matières législatives, mais en vertu d'une invitation ou d'une autorisation préalable du Parlement régulièrement consulté. Par exemple les décrets réglementaires prévus dans les lois du 22 mars 1924 et du 3 avril 1926; par exemple les décrets des 6 et 10 septembre 1926 (*J. Off.* du 9 septembre 1926), du 13 septembre 1926 et du 5 novembre 1926, appelés décrets d'économie, de décentralisation et de déconcentration.

Ces décrets réglementaires ont été pris en vertu d'une compétence expressément déterminée par le Parlement.

C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 22 mars 1924, en vue de réduire d'un milliard les dépenses de l'Etat :

1. V. Cassation 3 février 1820. S. 1821-1-181.

« Le Gouvernement est autorisé, pendant les quatre mois qui suivront la promulgation de la présente loi, à procéder, par des décrets rendus en Conseil d'Etat, après avoir été approuvés en Conseil des Ministres, à toutes les réformes et simplifications administratives que comporte la réalisation de ces économies. Lorsque les mesures ainsi prises auront nécessité des modifications aux lois en vigueur les décrets seront soumis à la sanction législative dans un délai de six mois ». Et la loi du 3 août 1926 décide, dans son article 1^{er} : « Le Gouvernement est autorisé à procéder par décrets, jusqu'au 31 décembre 1926, à toutes suppressions ou fusions d'emplois, d'établissements ou de services. Lorsque ces mesures nécessiteront, soit des modifications à des organisations, formalités ou procédures fixées par la loi, soit des annulations ou transfert des crédits, elles devront être soumises à la ratification des Chambre dans un délai de trois mois ».

Le Gouvernement n'a guère fait usage de l'art. 1^{er} de la loi du 2 mars 1924, mais au contraire, l'art. 1^{er} de la loi du 3 août 1926 a reçu une très large application.

Les décrets pris par le Gouvernement suivant les termes prévus par la loi de 1926, 3 août, sont des décrets réglementaires contre lesquels le recours pour excès de pouvoir doit être déclaré recevable jusqu'à leur ratification par le Parlement.

Aujourd'hui les *décrets Poincaré* ne sont pas encore ratifiés par le Parlement, bien que le Gouvernement les ait soumis dans les délais légaux à sa ratification.

On a contesté leur légalité à l'occasion de l'introduction des tribunaux d'arrondissement supprimés par les décrets Poincaré.

En réalité, ces décrets ne sont pas illégaux, ils restent de simples règlements administratifs pouvant être annulés par le Conseil d'Etat statuant en matière des recours pour excès de pouvoir².

82. V. l'excellente étude de M. Bonnard, *Les décrets-lois du Ministère Poincaré*, Paris, 1927, extrait de la R. D. P. V. M. Laborde-Lacoste, « *De la ratifi-*

Non seulement les actes réglementaires du Chef de l'Etat sont susceptibles d'être attaquée par le recours pour excès de pouvoir, mais aussi tous les actes réglementaires faits par les autres autorités administratives, par exemple : arrêté réglementaires des Ministres, des Préfets, des maires qui sont des actes administratifs formels objectifs, des actes-règles. Comme tels ils sont donc susceptibles de faire l'objet du recours pour excès de pouvoir.

Section II. — Les actes-conditions

Ce sont des *actes objectifs*, de même que les actes règles, mais qui n'établissent pas des situations générales et impersonnelles comme le premier; ils conditionnent seulement l'application de la loi à un individu déterminé, en lui attribuant ou retirant une situation légale ou réglementaire établie déjà par un acte-règle.

Parmi les *actes-conditions* qui peuvent être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, nous indiquerons à titre d'exemple :

1° *Les actes de désignation des fonctionnaires*, qu'il s'agisse d'un acte de nomination proprement dit, d'une élection, d'un tirage au sort, d'une nomination *par concours*, des actes d'engagement militaires, de recrutement des militaires, etc.

2° *Peuvent faire l'objet du recours pour excès de pouvoirs tous les actes se rattachant à la situation des fonctionnaires*, indépendamment du mode d'exploitation du service. C'est ainsi qu'aujourd'hui peuvent être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir : les décisions d'avancement, les décisions disciplinaires, les actes de révocation des fonctionnaires, etc...

ation par le Parlement des décrets pris sur délégation législative et édictant des sanctions pénales » dans R. D. P. 1926, p. 390 et s. soutient aussi que ces décrets à défaut de ratification subsistent en tant qu'acte administratif et comme tel continuent à produire ses effets de droit.

3^o *Certaines délibérations des Conseils municipaux ou généraux*, exemple : le vote d'une dépense, sont aussi des actes-conditions susceptibles de recours.

4^o *Les actes-conditions d'un acte complexe*, par exemple : les autorisations ou approbations d'une concession des services publics, celles relatives à l'acte d'assurance maritime, les concessions des mines, les actes d'acquisition de biens d'occupation du domaine public, les actes d'adhésion à un service public, l'acceptation d'une offre de concours.

Reprenons quelques-uns des exemples :

§ 1. La nomination des fonctionnaires

La jurisprudence et la doctrine n'ont pas été toujours du même avis sur la nature des actes de nomination des fonctionnaires et sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes-conditions énumérés ci-dessus. En ce qui concerne la nature de ces actes et la situation des fonctionnaires il y a eu, tant en jurisprudence qu'en doctrine, une évolution très intéressante et heureuse. Des théories innombrables, les unes plus ingénieuses que les autres, furent soutenues et appliquées en cette matière. Le Conseil d'Etat au début de son évolution, en se rattachant à la *thèse contractuelle de la situation des fonctionnaires et de leurs actes de nomination*, rejeta tout recours formé contre ces actes, de même que contre les actes pris en violation de leur situation¹. Ce fut l'application de la théorie du *contrat de droit privé, d'un mandat suis generis*, qui lie les fonctionnaires à l'Etat, et qui ne peut faire l'objet du recours².

Sous l'influence de l'autorité de son Vice-Président, M. Laferrière, le Conseil d'Etat a changé son point de vue en

1. V. C. d'E. arrêts du 13 mars 1822, de *Gourso*, R. 255; 10 août et 25 novembre 1825, *Delandine*, R. 700.

2. Comme il a été soutenu par Perriquet : *Les contrats de l'Etat*, p. 144 et 435; Daresté : *La justice administrative*, 2^e éd., p. 372 et 388. V. Tribunal des Conflits 24 décembre 1869, *Guidet*, civ. 7 juillet 1880, *Ville de Marseille*; civ. 7 juillet 1880, *Ville d'Alais*.

rejetant toute conception *du mandal ou du contrat de droit privé*, et a décidé que les actes de nomination des fonctionnaires, sont de nature contractuelle, et non de droit privé. On a soutenu que ces contrats étaient des *contrats de droit public ou de puissance publique*, et qu'ils étaient de la compétence du Conseil d'Etat statuant en recours pour excès de pouvoir¹.

Cette théorie est la conséquence de la conception fausse qui consiste à dire que tout accord de volonté est un *contrat* et de la théorie de la double personnalité juridique de l'Etat et de la personnalité à double face qui est inadmissible. On disait que l'Etat passe deux sortes de contrats : 1° les contrats ordinaires dans lesquels il traite en égal avec le co-contractant et dans lesquels il est lié comme un simple particulier par des règles du droit privé ; 2° des contrats du droit public soumis à des règles propres et dans lesquels l'Etat ne traite pas en égal avec le particulier co-contractant, mais il reste toujours une puissance pouvant modifier le contrat par voie législative postérieure.

Bien que la jurisprudence employât cette terminologie fausse d'un prétendu contrat du droit public qui lie les fonctionnaires à l'administration, elle admet le recours pour excès de pouvoir formé contre certains actes de nomination, et la rejette contre d'autres².

Ce changement en jurisprudence s'explique par l'adapta-

1. V. M. Laferrière, *op. cit.* t. I, p. 614 et 618 et t. II, p. 151 ; Tessier, *op. cit.* p. 195 s'exprime que : « Le lien qui unit la puissance publique et ses agents, lien qui naît d'un concours de volonté, a son origine dans un contrat de droit public, de puissance publique. » V. aussi Ferrand : « *Du louage de service public à durée indéterminée* » p. 8. V. aussi en ce sens le C. d'E. arrêts du : 28 juillet 1882, D. 84-3-1 ; 13 décembre 1889, D. 91-3-41 ; 11 juillet 1894, D. 95-3-69 ; 15 février 1907, D. 1907-3-49 ; 7 août 1909, *Winkel et Rousier*, D. 1911-3-17 avec les concl. de Tardieu ; 6 août 1910, *Amabrie*, D. 1912-3-131 ; V. Cassat. 18 mars 1902, D. 1903-1-465 ; 15 mai 1907, D. 1907-1-417. En ce sens les conclusions des commissaires de gouvernement : MM. Romieu dans l'affaire *Babin*, du 4 mai 1906, S. 1908-3-110, R. p. 363 ; de même son collègue M. Tessier dans ses concl. sous l'arrêt *Bigot* du 17 mai 1907, S. 1909-3-145, R. p. 826.

2. V. C. d'E. 23 octobre 1835, *Buguet*, R. 587, où il s'agissait de la nomination illégale comme professeur à la Faculté de droit de Paris d'un sieur *Rossi* ; et 11 février 1881, *Roux*.

tion, de la part du Conseil d'Etat, d'une nouvelle thèse contractuelle intermédiaire.

Ce fut la théorie de M. Berthélemy, d'après laquelle la nature du lien juridique reliant les fonctionnaires à l'Etat, n'est pas la même pour toutes les catégories de fonctionnaires. M. Berthélemy, et après lui M. Nèzard, qui font la distinction des fonctionnaires d'autorité et fonctionnaires de gestion soutiennent que les *fonctionnaires d'autorité* sont liés à l'Etat par un *acte unilatéral*, tandis que les *fonctionnaires de gestion* sont liés à l'Etat par de véritables *contrats de droits civil*, et que la nomination des premiers seulement est susceptible d'être attaquée par le recours pour excès de pouvoir¹.

Nous ne parlons pas du contrat de droit public, parce que a notion même, du contrat de droit public contient une contradiction dans les termes. L'idée du contrat implique l'égalité juridique des parties contractantes et l'idée de puissance publique conduit à l'idée de souveraineté et inégalité des contractants. L'Etat personne morale, et l'Etat personne souveraine, ne sont que des mots, des fictions, et non des réalités juridiques, capables de conclure des contrats. Même les auteurs partisans de la théorie de l'acte de nomination des fonctionnaires comme contrat du droit public, sont obligés de reconnaître, contrairement à leur point de départ, que

1. V. M. Berthélemy, *Traité*, 5^e éd., p. 50; 10^e éd, p. 49 et s.; 11^e éd., liv. 3, chap. 3, p. 57 et s.; Nèzard, *Théorie juridique de la fonction publique*, Thèse Paris 1901, p. 460, 481 et 575. V. aussi Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 2^e partie, 1909, p. 44 et s. Cette donalité, plus fictive que réelle, est impossible. Ce fut une grande erreur d'assimiler certains fonctionnaires (de gestion) avec les salariés de l'industrie privée et du commerce, et l'Etat avec un patron. En Allemagne où l'on fait la distinction entre la fonction et l'emploi, cette conception est possible. L'acte de nomination pour la fonction est un *contrat de l'Etat* (*Staatsdienstvertrag*), donnant lieu à un *rapport de service public* (*Staatsdienstverhältniss*). Pendant que l'acte de nomination pour l'emploi est un *acte unilatéral de la puissance publique, d'autorité* (*Regierungshandlungen*) V. Primker, *Verhandlungen*, t. III, p. 28; Laband, *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 3^e éd., t. I, p. 395, et 4^e éd., t. I, p. 403; trad. fr. 1901, t. II, p. 100. Jellinek: *System des subjectiven Rechte*, 1892, p. 129 et s. et 1905, p. 203; G. Mayer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechte*, p. 149; Kammerer, *La fonction publique en Allemagne*, 1898, p. 93 et s.

les fonctionnaires se trouvent dans une situation légale ou réglementaire et non contractuelle¹.

La théorie contractuelle de la situation des fonctionnaires et de l'acte de désignation, a eu des raisons pratiques qui ont paru, tout d'abord, la justifier. C'est de protéger les fonctionnaires contre l'arbitraire et l'illégalité de l'Etat puissance souveraine irresponsable. Par la théorie contractuelle, la jurisprudence a placé les fonctionnaires dans une situation subjective, l'Etat devait respecter la loi des parties. Mais aujourd'hui, où l'Etat n'est plus considéré comme une personne morale titulaire de la puissance publique, mais comme une coopération de services publics, et que l'idée de la responsabilité de l'Etat pour risque est communément admise, cette conception n'a plus aucune raison d'être.

La jurisprudence, en déclarant la situation des fonctionnaires de nature contractuelle et leur acte de nomination des contrats a privé les fonctionnaires d'une action précieuse, qui est le recours pour excès de pouvoir en les plaçant à côté des ouvriers des entreprises privées.

Le recours intenté par les fonctionnaires, contre les actes illégaux de désignation, de même que contre les actes portant atteinte à leur situation, fut déclaré non recevable, motif pris que la violation d'un contrat n'est pas un moyen d'excès de pouvoir.

Cette pratique fondée sur la thèse contractuelle de la situation et de l'acte de nomination des fonctionnaires, a abouti à des conséquences funestes et désastreuses.

Les fonctionnaires ont pris conscience de la force, que leur donne leur nombre; ils se sont aperçus, avec plus de netteté des injustices dont ils souffraient, et des améliorations qui pouvaient être apportées à leur sort; et, ils se sont réunis en syndicat, et ont fini par faire grève, et par s'affilier à la C. G. T. U. Qu'ils aient tort de recourir à l'anarchie et à

1. V. en ce sens M. Laferrière *op. cit.* t. I, p. 619; Berthélemy, *op. cit.*, 11^e éd. p. 53. Laband, *op. cit.*, 4^e éd., p. 419 et trad. fr. 1901, t. II, p. 130. Heffter, *Beiträge zum deutschen Staatsrecht*, p. 129.

la révolution, pour satisfaire leurs revendications, cela est évident. Mais la responsabilité ne doit et ne peut être imputée à eux seules, mais aux politiciens qui se sont introduits dans l'administration; et à ceux qui ont employé la mauvaise terminologie, qui consiste à soutenir que la situation des fonctionnaires est contractuelle. La jurisprudence du Conseil d'Etat a aujourd'hui abandonné la théorie contractuelle de la situation et de la nomination des fonctionnaires

C'est ainsi, qu'elle fut obligée de reconnaître, avec la doctrine du *statut légal des fonctionnaires*, développée par le regretté Doyen de la Faculté de Droit de Bordeaux, Léon Duguit, et enseignée par MM. Hauriou, Jèze, Bonnard, Réglaude, Rolland, etc..., que l'acte de nomination des fonctionnaires *n'est pas un contrat*. Malgré l'existence d'une manifestation de deux ou plusieurs volontés (de l'Etat qui nomme ou des électeurs qui élisent, et de l'acceptation de l'individu nommé), l'acte de nomination ne constitue pas un acte contractuel, les éléments essentiels pour l'existence juridique d'un contrat, font défaut¹. Les parties ne discutent pas librement, d'égal à égal, les conditions de la fonction. Les deux volontés ne se déterminent pas l'une par l'autre, en vue d'un objet et but licites, mais au contraire, les conditions de la fonction sont fixées d'avance par une voie unilatérale, par une disposition légale ou réglementaire et s'imposent, comme telles, à l'individu nommé, l'acte de nomination d'un fonctionnaire est donc un *acte condition*, attribuant à l'individu nommé une situation établie par la loi et contre lequel le recours est recevable².

1. V. en ce sens Léon Duguit, *Traité*, t. II, 2^e éd., p. 99, t. III, 2^e éd., p. 116; t. II, 3^e éd., p. 501; M. Hauriou, *Précis*, 10^e éd., p. 574, note 3 soutient que « dans un acte de nomination il n'y a, ni échange de consentement, ni détermination d'objet » et MM. Jèze, *Principes*, t. I, 3^e éd., p. 39; t. III, 3^e éd., p. 13 et 156; Bonnard *Précis*, p. 227; Cass. 17 novembre 1909, D. 1911-9-317.

2. Duguit, *Traité*, t. III, 2^e éd., p. 114; t. I, 3^e éd., p. 423; Jèze, *Principes*, t. I, 3^e éd., p. 10; t. III, 3^e éd., p. 171; Bonnard, *Précis*, p. 227. V. aussi en ce sens la jurisprudence du C. d'E. qui déclare de recevable, le recours formé contre ces actes, bien qu'il soit intenté par un particulier, par un fonctionnaire ou par une association de fonctionnaires dont le fonctionnaire fait partie. V. arrêts du 11 décembre 1903, *Lol et Molinier*, R. 780; 18 mars 1904, *Savary*, R. 232; conclusions Teissier, 1^{er} juin 1906, *Alcindor*, R. 517; 7 juillet 1916, *Jarry*,

C'est un échange de consentement, mais il n'y a pas trace d'un contrat créateur d'une situation juridique individuelle. La *situation* résultant de l'application de cet acte de nomination, de tirage au sort, d'élection d'engagement, n'est point contractuelle, mais *objective, générale et impersonnelle*. Elle est *générale*, c'est-à-dire qu'elle est établie par la loi ou le règlement et qu'elle est peut être modifiée par l'autorité législative ou réglementaire compétente, par simple voie unilatérale et non par un accord particulier des parties, toutes les fois que le besoin et l'intérêt général le demandent¹.

Elle est *impersonnelle*, c'est-à-dire établie pour tous les

R. 274; 30 juillet 1920, *Genislons*, R. 795; 16 juin 1922, *Association amicale des fonctionnaires et employés de préfecture*, R. 520; 26 janvier 1923; *Lafrageyre* R. 63; 13 mars 1925, *Rodière*, R. 269; 19 novembre 1926, *Monzat*, D. 1928-3-33 10 février 1927 *Aldegeur*, R. 127; 27 mai 1927, *Roland Marcel*, D. P. 1928-3-1 Dans ce dernier arrêt le C. d'E. annule la nomination de l'administrateur général de la Bibliothèque nationale comme étant nommé, conformément au décret du 9 juillet 1909 (*J. Off. du 28 novembre 1909*) et du 30 décembre 1914 (*J. Off. du 16 janvier 1915*), à la place d'un candidat diplômé de l'Ecole des Chartes — postes réservés aux archivistes, paléographes (conformément à l'article 19 de l'ordonnance du 31 décembre 1846). Malheureusement le Gouvernement le lendemain de cet arrêt a modifié par un décret du 2 juin 1927 (*J. Off. 3 juin 1927*, p. 579) l'art. 19 de l'ordonnance du 31 décembre 1846, en maintenant en fonction l'administrateur général, dont la nomination avait été annulée. Mais ici, il s'agit d'une autre et plus grande faute du C. d'E., qui est le manque de sanction, mesures matérielles pour assurer la réalisation de ces arrêts. Le Ministre est tenu, en cas de vacance dans l'emploi d'administration générale de la Bibliothèque nationale, de réserver une place sur trois aux archivistes paléographes. La nomination à la troisième vacance d'un individu n'ayant pas ce diplôme peut-être attaquée et annulée par le recours pour excès de pouvoir. Le C. d'E. annule la nomination pour ordre qui a été effectuée dans l'intérêt personnel du requérant arrêt 19 novembre 1926, *Monzat*, D. 1928-3-33.

1. V. Duguit, *Traité*, t. III, 2^e éd., p. 95, 110 et s.; t. I, 3^e éd., p. 424 et s.; M. Jèze, *Principes*, t. III, 3^e éd., p. 422; Hauriou, *Précis*, 10^e éd., p. 572 et s. et 11^e éd., p. 351 et s.; Bonnard, *Précis*, p. 225; Dareste la Chavanne, *Contrats passés par l'Etat*, p. 158. « Les conventions légalement formées ou l'Etat et les parties peuvent toujours être révoquées unilatéralement par lui. » Demogue, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, R. trimest. de droit civil, t. IV, p. 245 à 310. « Il n'est donc pas de contrat, dit l'auteur, qui ne puisse être modifié utilement par voie unilatérale par l'Etat. » V. aussi C. d'E., 11 juin 1909, *Association amicale des médecins des asiles publics d'aliénés*, D. 1911-3-47; 12 janvier 1912, *Blarez et Toucheboeuf*, R. 25; 27 juin 1913, *Cornus*, R. 761, 2^e espèce; 25 juin 1913, *Fédération des amicales instituteurs*, R. 922; 14 mai 1915, *Alexis*, R. 147; 6 août 1915, *Fuster*, R. 280; 12 novembre 1915, *Mounier*, R. 303; 10 décembre 1915, *Dellas*, R. 345; 2 août 1916, *Choru-Dominel*, R. 342; 2 août 1916, *Pingal*, R. 363; 13 juillet 1917, *Servant*, R. 568, où il fut décidé que le jury d'un concours, qui est un acte complexe, ne peut modifier les conditions des épreuves nouvelles avec le consentement des candidats; V. aussi C. d'E. 28 octobre 1921, *Girard*, R. 892; 19 novembre 1924, *Quilichini*, D. H. 1925, R. 46.

fonctionnaires, sans tenir compte de personne; et enfin *permanente*, car elle subsiste tant que la loi qui l'a créée n'est pas modifiée.

Les fonctionnaires n'ont aucun droit subjectif à la fonction et au maintien de leur régime. L'autorité compétente peut réduire, augmenter pour l'avenir le traitement des fonctionnaires¹. La vérité est que l'acte de désignation des fonctionnaires, n'est pas un contrat. Et s'il était un contrat, il ne changerait pas de nature; parce qu'il n'y a aucune différence de fond entre le contrat du droit civil et le contrat dit administratif; un contrat est au point de vue du contentieux de la compétence administrative, c'est à cause du but de service public en vue duquel il est fait². Mais, si la jurisprudence s'est mise en parfait accord avec la doctrine sur la situation légale ou réglementaire des fonctionnaires et sur la recevabilité de recours pour excès de pouvoir contre les actes de nomination, ces autorités ne se sont pas encore, en apparence, mises d'accord, sur la nature de l'acte de nomination. La jurisprudence du Conseil d'Etat, bien qu'elle déclare que tous les actes de désignation des fonctionnaires, de même que les actes pris en violation de leurs situations, sont susceptibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, (qu'il s'agisse d'un recours intenté par un employé de chemin de fer³, ou par un autre fonctionnaire), emploie toujours

1. V. C. d'E. 17 mai 1907, *Bigot*, R. 460; 7 juillet 1916, *Moreau*, R. 276; conclusions Teissier, 13 juillet 1917, *Müller* R. 565, et les auteurs précités.

2. V. en ce sens arrêt *Theroud* 4 mars 1916, R. 98, 16 décembre 1921, *Lassez*, R. 1062, V. la note de M. Mestre, sous cassation, 31 janvier 1923, S. 1924-1-29 et Duguit, *Traité*, t. III, 2^e éd., p. 41; voyez en sens contraire M. Laferrière, *op. cit.* t. I, p. 587, sur l'existence d'un contrat administratif, distinct du contrat du droit privé. M. Jèze, *Principes*, t. III, p. 297, 512 et *Les contrats administratifs*, 1927, p. 14 et s., Appleton, *op. cit.* p. 201, mr. 105. C. d'E. 3 juillet 1925, *Mestral*, R. 638, D. 1926-3-17. Conclusions du commissaire du Gouvernement R. Romieu sous l'affaire *Terrier*, 6 février 1903, D. P. 1904-3-65, R. 94-98; M. Léon Blum, conclusions sous l'affaire *Société des granits porphyroïdes des Vosges* du 31 juillet 1912, D. P. 1916-3-35, R. 99; M. Corneille sous arrêt *Framassol*, 3 décembre 1920, R. D. P. 1921, p. 73.

3. V. C. d'E. les arrêts précités, rendus à l'occasion de la grève des chemins de fer en 1910 et l'arrêt du 18 juillet 1913, *Syndicat National*, R. 822 où il fut décidé que : « Le Ministre a entendu assurer la continuité en service public des chemins de fer, dont le fonctionnement irrégulier et ininterrompu est à toute

l'expression d'un contrat de droit public¹. Cependant, la jurisprudence n'a jamais précisé les caractères, auxquels on peut reconnaître qu'il y ait, selon l'expression, contrat de droit public ou administratif.

La majorité de la doctrine, qui, comme nous l'avons vu, est en parfait accord pour décider que *l'acte de désignation des fonctionnaires* n'est pas un contrat, mais un *acte conditionnel objectif*, susceptible d'être attaqué par le recours pour excès de pouvoir, est très divisée en ce qui concerne la question de savoir si c'est un acte unilatéral. Mais pour notre sujet cette question n'offre pas beaucoup d'intérêts. Peu importe, si les *actes de nomination* des fonctionnaires sont des *actes unilatéraux*, d'*adhésion à une réquisition*, comme le soutient Hauriou², ou des *actes objectifs conditions unilatéraux*, comme le prétend M. Jèze³, ou des *actes objectifs conditions*

époque indispensable à la sécurité et à la défense nationale. Dans l'affaire *Repere* du 2 juillet 1915, R. 266, le C. d'E. a décidé en conformité de la loi du 12 mars 1905, dite loi Lhopiteau, que l'acte de nomination des employés de chemins de fer est un contrat de travail, du droit privé, et que les décisions relatives à leurs statuts ne peuvent être attaquées par le recours pour excès de pouvoir; parce que la violation d'un contrat n'est pas un moyen d'excès de pouvoir. Aujourd'hui la jurisprudence a abandonné le principe de cette loi, qui nous semble avoir été votée par de pures réclames électorales, et déclare le recours des employés de chemins de fer, de recevable, contre leurs actes de nomination et contre les actes pris en violation de leurs situations légales. V. 26 janvier 1923; *Lafregeyre*, précité, et 1^{er} juillet 1927, *Jounolou*, S. 1927-3-124, où il a admis le recours des employés d'une Cie de chemins de fer ayant été privés de leur emploi, par voie de suppression d'emploi formé contre la décision du Ministre des Travaux publics par laquelle celui-ci refusait de constituer le tribunal arbitral, prévu par l'article 12 de la loi du 29 octobre 1921.

1. V. arrêts précités : *Winkel, Mestral*, 3 juillet 1925, R. 638. Dans l'affaire *Mestral*, le C. d'E. décide que l'acte de nomination d'un directeur et gérant d'une ferme-école dépendant de l'assistance publique est un contrat administratif de la compétence du C. d'E. : « La convention intervenue entre S. Mestral et l'assistance publique présente dans son ensemble les caractères d'un contrat administratif, qu'il appartient au Conseil d'Etat de connaître. »

2. V. M. Hauriou, *Précis*, 10^e éd., p. 574, et 11^e éd., p. 351, 590 et s.

3. M. Jèze s'exprime en termes suivants : « A mon avis l'acte de nomination des fonctionnaires est un acte unilatéral provoqué ou accepté. La nomination ou l'élection est une investiture de la fonction publique. Cette investiture est l'œuvre de la seule volonté de l'autorité qui nomme, ou des électeurs. » V. *Principes*, t. I, 3^e éd., p. 10; t. III, 3^e éd. p. 171. Mais aujourd'hui M. Jèze, malgré la critique très sévère qu'il adresse à la théorie de l'acte d'union ou collectif (du Duguit) il arrive à admettre que l'acte de désignation des fonctionnaires est plus souvent une opération complexe, un acte plurilatéral. V. *Principes*, t. I, 3^e éd., p. 60 et « Le procédé technique de la nomination en droit public » dans *R. D. P.*, 1927, p. 577 et 598.

unilatéraux ou plurilatéraux, mais non contractuels, un *acte union, Vereinbarung*, comme le soutient Duguit, ou des actes *objectifs condition accord collectif, Gesamteakte*, comme soutient M. Bonnard¹. L'essentiel, est que ce ne soient des actes administratifs-objectif-condition, unilatéraux ou plurilatéraux, et qui peuvent être attaqués à tout instant par le recours pour excès de pouvoir, et non des contrats qui ne peuvent faire l'objet du recours objectif. C'est ainsi que la jurisprudence, aujourd'hui, est arrivée à déclarer susceptibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, les actes de recrutement des soldats, et les actes pris en violation de leur situation légale². Les actes d'engagements militaires qui ne sont que des actes objectifs conditions plurilatéraux, non contractuels, peuvent aussi être attaqués par le recours. La jurisprudence qui, autrefois, voyait dans cet acte un contrat de droit civil, non susceptible de recours³ est arrivée aujourd'hui à décider que les engagés se trouvent dans une situation légale, objective, modifiable, à tout instant, par la loi et non contractuelle; et que le recours contre les actes portent atteinte à leur situation légale, de même que les actes d'engagement illégaux, peuvent être attaqués par le recours. Il est regrettable que la jurisprudence persiste à employer cette expression de contrat d'engagement, bien qu'elle déclare le recours recevable⁴.

1. V. Bonnard, *Précis*, p. 223 et s.

2. C. d'E. 18 décembre 1908, D. 1909-3-86; 17 janvier 1909, 2^e et 4^e espèce, D. 1909-3-78.

3. Cass. civ. D. 1879-1-113. V. en ce sens art. 42 à 72, loi de l'organisation de l'armée, 1^{er} avril 1923 (que l'acte d'eng. est un contrat ord.).

4. V. C. d'E. 29 juin 1906, *Carleron*, R. 589, où le C. d'E. décide que : « Le sieur C..., engagé comme dessinateur à la mairie de Langres, a été révoqué... Il soutient qu'il était entré au service de la Ville en vertu d'une convention lui assurant un traitement de 225 francs par mois, pour une durée d'au moins une année... et que dès lors il ne pouvait être privé de ses fonctions avant l'expiration du terme fixé par la convention. » Mais le C. d'E. décide que la convention passée entre l'administration d'une commune et un individu ne peut priver le maire du droit de révoquer un employé municipal. » V. aussi C. d'E. 12 juillet 1913, *Syndicat National des Chemins de fer*, R. 88; 29 mars 1917, *Pechin*, R. 269, où l'on a décidé qu'il y a un contrat de service public auquel on doit appliquer les principes généraux du code civil, et en particulier la théorie de la nullité. D'autre part, en droit public, comme en droit privé, une des parties ne peut alléguer sa négligence pour faire annuler le contrat, car celui-ci serait

Nous sommes du même avis que la grande majorité de la doctrine pour conclure que l'acte d'engagement, malgré l'existence d'un accord des volontés, entre l'engagé et l'Etat n'est pas un contrat, mais un acte objectif condition pluri-latéral qui fait l'application à l'engagé d'un statut légal de fonctionnaire, et ne crée pas pour lui une situation individuelle¹.

§ 2. Les actes d'adhésion à un service public

Contre ces actes, le recours est recevable parce que ce ne sont pas des contrats de droit civil, ni de droit administratif² mais des actes objectif, condition, unilatéraux, appliquant à l'individu qui a adhéré à un service public, une situation légale, antérieure, fixée par la loi. L'accord de volonté entre

conclu sous condition purement protestative de la part d'un des contractants, condition défendue par les lois. » Pendant qu'à l'occasion de l'affaire *Chirac* du 16 juillet 1920, R. 708, où il s'agissait d'un recours intenté par un sieur Chirac, qui avait conclu un engagement pour la durée de la guerre, et qui fut démobilisé conformément aux lois du 23 octobre et 24 octobre 1924, et où le requérant demanda à être maintenu sous les drapeaux, jusqu'à la date de la cessation des hostilités, conformément à son contrat d'engagement, conclu avec l'Etat, le C. d'E. sur les conclusions du commissaire du Gouvernement, M. Corneille, décide que *le requérant n'a pas un droit subjectif à la fonction, et qu'il se trouve dans une situation légale, modifiable à tout instant, et non pas dans une situation contractuelle*. Il s'exprime très catégoriquement : « L'engagement, c'est le consentement de l'individu à ce que le statut légal du service militaire lui soit désormais appliqué. » Une fois l'accord des volontés devenu définitif, la situation juridique va se différencier de la situation contractuelle. C'est le statut légal des appelés qui va s'appliquer à l'engagé. La situation juridique va se trouver désormais réglementaire, et non contractuelle. » V. aussi arrêt *dame Batesi* du 22 juin 1926, où le C. d'E. conclut aussi que l'engagement d'une infirmière comme fonctionnaire dans un hôpital de la Colonie, Haute-Volta, est un contrat du droit privé. D. 1928-3-14.

1. V. en ce sens Duguit, *Traité*, t. III, 2^e éd., p. 119 et s. Jèze, *Principes*, t. I, 1925, p. 38 et s.; t. III, 3^e éd., p. 155. Hauriou, *Précis*, 10^e éd., 1921, p. 574, note 3. Berthélemy, *Traité*, 11^e éd., p. 54 : « L'engagement militaire est une opération de recrutement où n'entre aucun élément contractuel. » V. Bonnard, *Précis*, p. 367. Rolland « La situation juridique des engagés dans la légion étrangère » R. D. P 1908, p. 695 et s. « Engagés et rengagés sont des fonctionnaires. Ils sont dans une situation légale comme tous les fonctionnaires. Il n'y a pas de contrat, car il n'y a ni échange de consentement, ni convention librement débattue. »

2. V. comme il fut soutenu par MM. Geny, *Des droits sur les lettres missives* 1911; t. I, p. 52; Capitant et Colin, *Droit civil*, 11^e éd. 1920, t. II, p. 258; Thaller et Perceru, *Droit commercial*, 5^e éd. 1916, p. 614; M. Ferron, sa note sous S. 1911-3-233, Bordeaux 8 juillet 1910; et note Bougart, S. 1911-1-52.

L'administration et l'usager ne constitue pas un contrat, par exemple : l'usager d'un service de transport par chemin de fer qui achète un billet de voyage, l'individu qui affranchit une lettre et la met à la poste, ne font pas un contrat. La doctrine, la jurisprudence de la Cour de Cassation, du tribunal des Conflits et même celle du Conseil d'Etat, bien qu'elles aient employé l'expression de contrat ont rejeté en fait cette notion. Le Conseil d'Etat a, en effet, déclaré recevable le recours pour excès de pouvoir contre ces actes¹.

§ 3. **L'acceptation des offres de concours.** — Peuvent être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, *les actes d'acceptation de l'administration d'une offre de concours, en matière de chemins de fer, lignes P. T. T., routes, distribution d'eau, etc.*; soit qu'il s'agisse d'offre de meubles, par exemple d'argent ou de matériaux; ou d'immeubles, par exemple l'offre d'une cession de terrain, etc., qui ne sont que des actes unilatéraux.

Les offres de concours sont de simples promesses, faites par un individu, société ou collectivité publique, de fournir une prestation en vue de l'exécution d'un travail ou de l'organisation d'un des services précités. L'acceptation de l'administration ne constitue pas un accord de volontés. Elle ne lie pas juridiquement l'administration qui reste libre de mettre

1. V. Duguil « *La situation des particuliers à l'égard des services publics* », R. D. P. 1907, p. 411 et s. et *Trailé*, t. 1, 3^e éd., p. 374. Hauriou dans ses notes sous le C. d'E. : 23 mars 1906, *Demoiselle Chauvin*, S. 1908-3-137; 22 décembre 1906, S. 1908-3-17; 17 mai 1907, *Cie Transatlantique*, S. 1908-3-137; « Le contrat d'abonnement, dit Hauriou, n'est qu'un contrat d'adhésion, et peut-être même, faudrait-il supprimer le mot contrat, et dire un acte d'adhésion à un service organisé. Les actes d'adhésion n'ont de contractuel que le nom; ce sont des adhésions à des actes réglementaires. » V. sa note sous S. 1908-3-18. V. M. Jèze, *Principes*, t. III, 3^e éd., p. 17 et s., et R. D. P., 1916, p. 52 et s.; et M. Bonnard, *Précis*, p. 365; Morin, *La loi et le contrat, La décadence de leur souveraineté*, p. 70. Donc pas de contrats de transport de chemin de fer, de guichet, d'abonnement. V. en ce sens, s'est prononcée la Cour d'Appel de Bordeaux, le 8 juillet 1909 S. 1911-3-233. C. d'E. 6 mai 1921, R. D. P., 1921, p. 510. V. aussi M. Réglade, *De la nature juridique de l'acte d'association*, p. 9 et s. et p. 60, qui soutient que cet acte n'est point contractuel.

en harmonie les services publics avec ses besoins et ses buts¹. Mais l'acceptation de l'administration a pour effet de rendre l'offre irrévocable pour le souscripteur. Aujourd'hui la jurisprudence et la doctrine, déclarent que l'offre de concours n'est qu'un acte unilatéral, un mode de collaboration volontaire au fonctionnement d'un service public contre lequel le recours pour excès de pouvoir est recevable².

Section III. — Les actes objectifs unilatéraux qui portent atteinte à une situation juridique objective.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a évolué dans le sens de l'élargissement des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, et aujourd'hui elle est arrivée à admettre le recours pour excès de pouvoir *contre certains actes subjectifs unilatéraux, non contractuels*, qui portent atteinte à la situation juridique objective, soit d'un fonctionnaire, soit d'un particulier. Peuvent faire l'objet du recours, les

1. *Pour certains auteurs l'offre de concours était une sorte de donation indirecte*, subordonnée à l'exécution de travaux publics, *un contrat unilatéral*. V. en ce sens Romieu, dans ses conclusions dans l'affaire *Gau-Bosc*, 9 mars 1906, S. 1908-3-73. A cette théorie, s'en rattache une autre d'après laquelle l'offre de concours serait *un contrat ad. du droit privé*; V. Bellemere, *Dans l'offre de concours en immeubles en vue de l'exécution des travaux publics*, thèse Paris 1902, c'est-à-dire, des manifestations de patrimonialité. D'après d'autres auteurs, et même la jurisprudence d'autrefois l'offre de concours serait après l'acceptation de l'administration *un contrat de droit public*, et c'est pour cela que les Tribunaux administratifs seraient compétents en cette matière. V. Laferrière, *op. cit.* t. I, p. 561, et t. II, p. 127.

2. C'est ce qu'il fut décidé, par le Tribunal des Conflits, à l'occasion d'une affectation d'un immeuble, en l'espèce une caserne, faite par une ville à l'Etat, à charge de conserver sa destination pour le service de l'armée. L'acte d'affectation, n'est pas un contrat. Mais la ville passe encore un contrat avec l'Etat, par lequel elle cédait à l'Etat, la caserne, à charge du paiement du prix, et tous ses droits sur l'immeuble. La caserne ayant été démolie par l'autorité militaire, la ville soutenait qu'elle était propriétaire. Le Trib. des Conflits décide que les Trib. judiciaires sont les seuls compétents pour statuer sur la dernière convention; quant à l'acte d'affectation de l'immeuble, c'est un acte administratif, et l'appréciation de sa légalité constitue une question préjudicielle de la compétence du C. d'E. statuant sur ce recours pour excès de pouvoir. Trib. des Conflits, 2 août 1920, R. 799, et 17 juillet 1923, R. 26.

actes individuels pris par une autorité supérieure en disposant qu'une solde, traitement, indemnité, pension, ne seront pas payés, ou qu'ils seront payés, mais pour une somme autre que celle prévue par la loi, ou les règlements du service.

Le fonctionnaire peut attaquer l'acte subjectif de son supérieur, même si c'est un acte subjectif, pourvu qu'il soit rendu en violation de la loi de service ou de sa situation objective légale. Pendant longtemps la jurisprudence du Conseil d'Etat a rejeté le recours contre ces actes¹. A partir de l'affaire *Lafage*, qui constitue l'arrêt de principe en cette matière, le Conseil d'Etat déclare que de pareils actes peuvent être attaqués par le recours pour excès de pouvoir. Dans l'affaire *Lafage*, il s'agissait d'un recours intenté contre une décision du Ministre des Colonies, par laquelle il rejetait l'allocation d'une indemnité pour les frais de représentation d'un médecin des troupes coloniales à laquelle les règlements lui donnaient droit. Le requérant, Sieur Lafage, ne réclamait pas contre la violation d'un droit subjectif, son droit à un certain *chiffre* de frais de représentation, mais il demandait l'annulation de la décision rejetant cette indemnité prise par le Ministre des Colonies en violation de la loi de service et de la situation légale qui en résultait pour lui. Le Conseil d'Etat déclarait le recours pour excès de pouvoir du Sieur Lafage recevable, en motivant sa solution dans les termes suivants : « Considérant que le Sieur Lafage se borne à soutenir que, par la décision susvisée du Ministre des Colonies, il a été privé des bénéfices des avantages qui lui sont assurés, en sa qualité d'officier par les règlements en vigueur; que sa requête met ainsi en question la légalité d'un acte d'une autorité administrative, que par suite le requérant est recevable à attaquer la décision dont il s'agit par la voie du recours pour excès de pouvoir »².

La jurisprudence du Conseil d'Etat, inaugurée par l'arrêt

1. V. C. d'E. 15 février 1907, *Theveneau*, R. 162; 2 janvier 1912, *Antoine*, R. 59.

2. V. arrêt *Lafage*, 8 mars 1912, R. p. 34, et conclusions du commissaire du gouvernement M. Pichat.

Lafage, fut confirmée par d'autres arrêts¹. A l'occasion de l'arrêt *Baron*, le Conseil d'Etat admet le recours d'un officier d'administration de 1^{re} classe, Sieur Baron, formé contre la décision par laquelle le Ministre de la Guerre rejetait sa demande d'indemnité pour charge de famille.

Les actes ministériels décidant de refuser une pension, bien qu'ils soient des actes subjectifs, sont susceptibles d'être attaqués par le recours, parce qu'ils portent atteinte à une situation objective des fonctionnaires. C'est ce qui fut décidé à l'occasion d'un recours formé par les employés des chemins de fer contre un refus de pension pour les services de ces employés pendant la guerre de 1914-1918. Le Conseil d'Etat a décidé, dans son arrêt du 6 janvier 1928 : « Considérant qu'il résulte de la loi du 13 mars 1875, modifiée par celle du 28 décembre 1888 sur l'organisation de l'armée, que les sections de chemin de fer de campagne font partie de l'armée et figurent dans les corps et services militaire; qu'il en est ainsi à la fois des sections actives et des subdivisions complémentaires créées par le décret du 16 juillet 1910, pris en exécution de l'art. 27 de la loi précitée; que, dès lors, les services accomplis dans ces unités sont des services militaires pouvant conduire à une pension militaire; que, par suite, le Sieur D..., est fondé à prétendre que c'est à tort que le Ministre des Pensions a refusé d'en faire état. Décidé : « Le Sieur D... est renvoyé devant le Ministre des Pensions pour la liquidation de la pension à laquelle il a droit ». Par cette décision, le Conseil d'Etat décidait que les services militaires accomplis pendant la guerre par les employés de chemin de fer dans les sections actives et subdivisions complémentaires, étaient des services militaires pouvant conduire à une pension militaire. »

En résumé, les actes unilatéraux qui portent atteinte à une situation objective ou légale, peuvent être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, qu'ils soient des actes

1. V. C. d'E. 10 janvier 1913, *Piol*, R. 14, et arrêt *Baron*, 24 novembre 1916, R. 480.

objectifs conditions, des actes subjectifs, à condition que le requérant ne demande pas au Conseil d'Etat de tirer de l'annulation de l'acte les conséquences pécuniaires qui en découlent. Pour cela, il doit ensuite former un recours subjectif ou de plein contentieux. En vertu de ce principe établi par la doctrine, notamment par le Doyen Duguit, qui écrit que : « Le recours pour excès de pouvoir est recevable : 1° Pour faire tomber un *acte-règle* que l'on prétend fait en violation de la loi ; 2° pour faire tomber un *acte objectif condition* que l'on prétend contraire à la loi ; 3° pour faire tomber un *acte objectif ou subjectif* qui ont un contre-coup sur une situation juridique objective. Dans ces trois cas, et seulement dans ceux-là, le recours pour excès de pouvoir est recevable et adopté par la jurisprudence² ».

En vertu de ce principe établi par la doctrine et adopté par la jurisprudence², peuvent être attaquées par le recours pour excès de pouvoir, les décisions de révocation, de suspension ou de mise à la retraite d'un fonctionnaire, comme étant prises en violation de la loi qui règle leur situation. Ces actes, qui sont des actes objectifs condition unilatéraux, portent atteinte à la situation objective des fonctionnaires.

Le fonctionnaire irrégulièrement révoqué ou dont l'emploi est supprimé, peut attaquer par le recours la décision illégale de révocation et ensuite par le recours subjectif le paiement de son traitement jusqu'à la suppression de l'emploi. Le législateur peut, par voie générale, modifier le statut légal des fonctionnaires, pour l'avenir, il peut modifier le chiffre du traitement et les avantages³ ; il peut même supprimer complètement ces avantages, sans que le fonctionnaire puisse protester contre cette réduction ou suppression des traitements. En ce sens s'est prononcé le Conseil d'Etat à

1. V. Duguit, *Traité*, t. II, 2^e éd., p. 278 et s. ; t. II, 3^e éd., p. 496 et 505.

2. C. d'E. 24 février 1899, *Lieutenant de vaisseau Viand*, R. 155 ; 29 février 1906, *Carteron*, R. 588, S. 1909-3-97 et la note de Hauriou.

3. C. d'E. 9 novembre 1917, *Thureau*, R. p. 709.

l'occasion de l'arrêt *Blanchet*¹, où il a décidé que : « Pour demander l'annulation pour excès de pouvoir des décrets de... 1908, portant règlement de la solde des marins, des équipages de la flotte et la réorganisation de ce corps... Le Sieur B..., et autres n'invoquent pas une violation de la loi ou un vice de forme, mais se fondent exclusivement sur l'atteinte qui aurait été portée aux droits résultant pour eux de la réglementation antérieurement en vigueur. En modifiant par les décrets attaqués pour l'avenir, cette réglementation antérieure telle qu'elle résultait des décrets de 1908. Le Chef de l'Etat n'a fait qu'user, dans un but d'intérêt général, en vue d'assurer le bon fonctionnement d'un service public dans les pouvoirs qui lui sont conférés, et a agit dans la plénitude de ses attributions. Le Sieur B..., et autres ne sont pas recevables à demander au Conseil d'Etat d'ordonner un ensemble de mesures administratives, en vue d'assurer à leur égard, le maintien du régime antérieur ».

Voir aussi en ce sens, arrêts du Conseil d'Etat, *Moreau et Müller*, à l'occasion duquel le Conseil d'Etat donne la solution que voici : « Les avantages résultant pour les fonctionnaires d'une réglementation, sont subordonnés au maintien de cette réglementation, et ils ne sauraient, en aucunes cas, faire obstacle au droit de l'administration de procéder à la réorganisation de service. Telle est aujourd'hui la formule excellente souvent reproduite par les arrêts du Conseil d'Etat en cette matière² ».

Mais un administrateur ne peut le faire par voie individuelle en violation d'une disposition légale existante.

Peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir les actes subjectifs qui portent atteinte, soit à la liberté du commerce et de l'industrie, soit à la propriété privée qui n'est plus un droit subjectif, mais une situation légale³.

1. V. C. d'E. 17 mars 1911, *Blanchet*, R. p. 333.

2. C. d'E. du 7 juillet 1916, *Moreau*, R. p. 276; 13 juillet 1917, *Müller*, R. p. 565 et 9 novembre 1917, *Thureau*, R. p. 709.

3. V. Duguit, *Traité*, t. I, 3^e éd., p. 445 et *Les transformations générales du droit privé*, 2^e éd. 1920, p. 177 et s.; V. C. d'E. 28 mai 1924, *Asl Dufosse*

C'est ainsi que le recours est recevable contre les actes d'autorisation pour le repos hebdomadaire, par roulement, conformément à la loi du 13 juillet 1909, le Conseil d'Etat admet le recours objectif en annulation formé contre la décision du Préfet refusant le roulement, sans que cette recevabilité empêche le particulier de former le recours subjectif pour obtenir la condamnation du Préfet à autoriser le roulement¹. Même solution pour les actes prononçant la fermeture d'un débit de boisson, et pour les refus de permission².

Mais si on peut attaquer par le recours pour excès de pouvoir certains actes subjectifs accomplis en violation d'une situation de droit objective, il ne résulte pas de là que tous les actes subjectifs accomplis par l'administration peuvent faire l'objet de ce recours, *mais seulement les actes subjectifs non contractuels faits en violation de la loi et non les contrats, quasi-contrats, délits et quasi-délits*. Ces derniers actes ne peuvent être attaqués par le recours pour excès de pouvoir comme ayant une nature purement subjective et ils sont attribués pour cette raison à la compétence des tribunaux juges des contrats.

C'est pourquoi la jurisprudence a décidé en matière de contrats et quasi-contrats passés par l'Etat par les départements ou les communes dans l'intérêt des services publics avec les particuliers (par exemple les marchés de travaux publics ou de fournitures, qu'ils sont des contrats de la compétence des tribunaux judiciaires, du Conseil de préfecture³,

et autres, S. 1925-3-48 et l'arrêt *Sucrerie et raffinerie de Brienon* du 27 janvier 1927, S. 1928-3-84 où fut décidé que le maire peut réglementer la circulation sur les chemins ruraux de la commune, mais sans porter atteinte à la liberté industrielle ou à la propriété, par exemple: en interdisant la circulation absolue de tout véhicule et autobus quels que soient leurs dimensions et poids.

1. C. d'E. 30 novembre 1906, *Jacquin*, R. 869.

2. Arrêt C. d'E. 8 novembre 1912, *Chabos*, R. 1009. V. aussi la théorie du recours parallèle et la théorie des actes détachables exposées par nous dans notre quatrième section.

3. V. en ce sens C. d'E. du 4 août 1905, *Cie de Bône-Gulma*, D. P. 1907-3-61; 22 décembre 1905, *Cie des tramways de Bordeaux*, D. P. 1907-3-67; 6 décembre 1907, *Cie du Nord*, D. P. 1909-3-56; 11 décembre 1910, *Ministre des Travaux Publics*, D. P. 1912-3-49; *Lafage et Scheller*, 9 mars 1912, D. P. 1914-3-49, et S. 1913-3-1, et R. 354 et s.; 23 décembre 1925, *Société générale d'armements*,

ou du Conseil d'Etat statuant comme juge du contrat sur un recours subjectif, suivant les règles de répartition de compétence au contentieux.

Non seulement les contrats et quasi-contrats ne peuvent être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, mais aussi *les actes pris en exécution de ces actes ou leur interprétation*¹. Ce principe fut consacré d'une façon définitive par la jurisprudence. A l'occasion de l'affaire *Goussard*, le Conseil d'Etat refuse une fois de plus de reconnaître sa compétence en matière de contrat en tant qu'il statue sur le recours pour excès de pouvoir². En ce qui concerne les mesures prises en exécution d'un contrat il y a à distinguer entre les mesures prises par l'administration par application du contrat et qui sont du ressort, comme nous l'avons démontré, du juge du contrat, et celles qui sont prises en vertu des pouvoirs de police, prises par l'autorité compétente pour assurer l'exécution du contrat, lesquelles peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir³.

D. P. 1924-3-321; 23 janvier 1923, *Lafrageyre* précité; 23 mai 1924, *Société des affréteurs réunis*. D. P. 1924-3-26; 14 novembre 1924, *Lorentz*, D. H. 1924-722; 20 mai 1924, *Aix*, D. H. 1924, P. 499; 19 décembre 1924, D. P. 1925-3-52; 26 mars 1926, D. H. 1926, p. 320. V. aussi du même avis la Cour de cassation civile, arrêts du 24 mai 1922, *Paris*, D. P. 1924-2-91; 4 mai 1923, *Rennes*, D. P. 1924-2-49 et la note de M. J. Appleton; 22 juin 1924 D. H. 1924, p. 574; 3 février 1925 D. P. 1925-1-113; Civile 12 février 1926, D. P. 1926-1-52; 30 mars 1926, *Bonsargent*, S. 1926-1-112; Tribunal des conflits; 23 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain*; 9 juin 1923, *Vimant*, R. p. 474.

1. V. C. d'E. arrêt du 6 février 1906, *Balliman*, R. 525; 5 juillet 1907, précité; 8 mars 1912, *Lafage*, R. 354; *Baron*, 24 novembre 1916, R. 480; *Lassus*-22 décembre 1922, R. 427, Conclusions du commissaire du Gouvernement, M. Corneille où le C. d'E. décide que les difficultés soulevées, relatives à l'exécution du contrat du droit civil, intervenues entre l'administration et le sieur L..., n'appartient pas à la compétence du juge administratif, mais au juge du contrat.

2. C. d'E. 7 juillet 1922, *Groussard*, R. 598 le C. d'E. s'exprime en termes suivants : « Considérant, disait-il, que la difficulté ainsi existante entre l'Administration et le requérant porte sur l'exécution des contrats de cession de farines par le service du ravitaillement, que ces contrats sont des contrats de droit commun dont l'autorité judiciaire, seule, peut être appelée à connaître. » V. aussi en ce sens C. d'E. arrêt du 29 mai 1925, D. P. 1926-3-21.

3. 6 décembre 1907, *Cie de l'Est et autres*, S. 1908-3-1; conclusions Romieu, et la note de Hauriou. Il s'agissait d'une obligation que l'Etat, par une réglementation nouvelle de service de transport, avait imposée aux Cies concessionnaires. Les Cies ont attaqué la réglementation par la voie du recours pour excès de pouvoir. M. Romieu dans ses conclusions dit : « Quand l'Etat invoquera

Non seulement les contrats échappent au juge de l'excès de pouvoir, mais aussi, bien entendu, les *quasi-contrats*, *délits* et *quasi-délits*, car, ils sont le résultat d'actes matériels qui sont comme tels susceptibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, ainsi que nous l'avons démontré dans le premier chapitre¹.

En effet, l'idée qui est à la base du quasi-contrat, est celle de l'enrichissement sans cause au dépens d'autrui. C'est la cause de l'obligation et le fondement de l'action en indemnité au profit de celui qui s'appauvrit². A l'occasion d'un quasi-contrat, soit qu'il s'agisse d'une gestion d'affaire, soit du paiement de l'indû, il y a enrichissement sans cause, il y a un état de fait que la loi réglemente, et qui n'est pas susceptible évidemment d'être attaqué par le recours pour excès de pouvoir. A la suite d'un quasi-contrat, il y a une responsabilité objective. La jurisprudence de la Cour de Cassation et

ses pouvoirs de police pour imposer aux Cies des obligations nouvelles, la légalité de ces prescriptions devra être examinée en elle-même, abstraction faite du contrat. C'est par voie de recours pour excès de pouvoir que les Cies devront attaquer cet acte d'autorité. Le C. d'E. aura à vérifier si, en édictant ces prescriptions, le Gouvernement s'est maintenu dans les limites tracées à son pouvoir réglementaire par les lois de 1842 et 1845. » « C'est le contentieux de la légalité » d'ailleurs, ajoute M. le Commissaire du Gouvernement; alors même que sur ce recours pour excès de pouvoir, il serait jugé que les prescriptions sont légales et peuvent être imposées aux Cies, celles-ci conservent le droit de s'adresser au Conseil de Préfecture, et de soutenir leur contrat. Le Contentieux du contrat est distinct du contentieux de la légalité. V. aussi en ce sens arrêts : 10 janvier 1908, *Noire et Beyssac*, R. 21 concl. Tardieu; 4 janvier 1910, *Cie de Chemins fer Métropolitain*, Paris, R. 98.

1. V. aussi sur l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat, quasi-contrat et quasi-délit, M. Réglade, *La coutume en droit public interne*, p. 277 et s.

2. V. sur l'existence légale et le fondement de quasi-contrat et la responsabilité quasi-contractuelle. V. Duguit, *Traité*, t. III, 2^e éd., p. 441 et s. et t. I, 3^e éd., p. 178; M. Michoud, « De la gestion d'affaires dans les service publics » dans *Revue générale d'Administration*, 1894, t. II, p. 15; M. Vizioz, *La notion du quasi-contrat*, thèse Bordeaux, 1912. En parlant du quasi-contrat M. Vizioz conclut : « que cette notion ne correspond à aucune réalité, et qu'il faut la bannir de nos classifications, comme il faut éliminer de notre vocabulaire juridique le terme qui la désigne » p. 336; plus loin M. Vizioz dit : « Il n'y a aucun inconvénient à repousser une notion qui ne jette aucune lumière, et ne présente aucune utilité. » M. Vizioz « La notion du quasi-contrat » dans *Revue critique*, p. 159, et « L'école du droit naturel et le quasi-contrat », *Revue critique*, 1912, p. 270 à 288. V. aussi Planiol qui rejette de la notion du quasi-contrat, *Revue critique* 1904, p. 227-228.

du Conseil d'Etat, a décidé en conséquence, lorsqu'un particulier en assume la charge, l'administration est obligée de rembourser les frais avancés par le particulier, parce qu'elle ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui¹.

Autrefois on a soutenu que le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir sur les actes d'autorisation, d'approbation, ou sur les mesures de police prises en vue d'assurer l'exécution d'un contrat, devient le juge du contrat, empiétant sur le contentieux objectif. Or, comme nous allons le voir dans la section suivante, la théorie du recours parallèle, dans tous ces cas le Conseil d'Etat n'annule pas le contrat, il ne juge pas la légalité du contrat lui-même, mais il examine la légalité des opérations et actes concourant à sa formation (du contrat), ou à l'acte complexe de concession d'un service public ou d'une opération de concours, et qui sont des actes administratifs conditions, susceptibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoir.

Si à l'occasion d'un quasi-contrat, il y a lieu d'apprécier la légalité d'un acte administratif, le recours est recevable contre celui-ci. Mais cela ne veut pas dire, que le Conseil d'Etat devient juge du quasi-contrat. Il y a simplement une question préjudicielle. Il y a à apprécier la légalité d'un acte administratif objectif qui rentre dans la compétence normale du Conseil d'Etat. Quant à l'action en indemnité pour les préjudices causés par cet acte, la victime a un recours subjectif de la compétence, soit des tribunaux judiciaires, soit des tribunaux administratifs.

Le recours pour excès de pouvoir n'est pas non plus recevable, contre les délits et quasi-délits. Ce sont des faits matériels accomplis en violation de la loi et non des actes juridiques. Le délit, acte illicite, fait avec intention méchante, et le quasi-délit, qui est aussi un acte illicite, mais accompli par négligence ou imprudence non intentionnelle, ne créent pas au profit de la victime, un droit subjectif. Ce sont les sim-

1. V. Cour de Cassation arrêt du 8 juillet 1918, S. 1921-1-1 ; et C. d'E. 18 juin 1920, S. 1924-3-70.

ples faits matériels qui portent atteinte à une situation de droit objectif. Le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable. Il y a un contentieux de la réparation des dommages résultant de cet acte matériel illégal, ou un contentieux de la répression d'un délit prévu par la loi pénale.

La responsabilité délictuelle de l'Etat ou des administrations, était régie autrefois par les règles du droit civil et par les articles 1382-1384 du Code civil¹.

La jurisprudence du tribunal des conflits et du Conseil d'Etat a écarté, à partir de l'arrêt *Blanco*, cette conception en déclarant que l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître².

Section IV. La théorie du recours parallèle.

La question qui va se poser dans la présente section est de savoir si les recours parallèles font obstacle à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir?

Il est certain que pendant très longtemps le recours pour excès de pouvoir et ses conditions de recevabilité furent embarrassés par la conception admise comme un dogme que le recours pour excès de pouvoir était un recours subsidiaire, action exceptionnelle, qui ne pouvait être intenté qu'en absence de tout autre moyen devant une juridiction

1. V. Cour de Cassation, 1^{er} avril 1845, *Depeyre*, S. 1845-1-363, Cassation 19 décembre 1854, *Administration des Postes*, S. 1855-1-266.

2. Tribunal des Conflits, 6 décembre 1855, *Rothschild*, R. 707; et Conflits, 1^{er} février 1873, *Blanco*, R. 51. « L'action intentée, par le sieur Blanco a pour objet de faire déclarer l'Etat civilement responsable par application des articles 1382, 83 et 84 du Code civil, du dommage résultant de la blessure que sa fille aurait éprouvée par le fait d'ouvriers employés par l'Administration des tabacs. La responsabilité qui peut incombcr à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans les services publics, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particuliers à particuliers. Cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue. Elle a ses règles spéciales, qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec le droit privés. Dès lors, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître. »

administrative ou judiciaire, c'est ce que l'on appelait un recours parallèle. S'il existait par ailleurs un tel recours la voie de l'excès de pouvoir était irrecevable. Nous verrons comment cette cause d'irrecevabilité intéresse la recevabilité du recours pour excès de pouvoir au point de vue des actes. A l'origine, la jurisprudence du Conseil d'Etat appliquait une fin de non-recevoir absolue du recours pour excès de pouvoir, tirée de l'existence de la conception du recours pour excès de pouvoir comme un recours subsidiaire. Elle rejeta le recours formé contre un acte administratif objectif, et contre un règlement administratif ordinaire, motif pris qu'il y avait une exception d'illégalité devant une autre juridiction. Mais le Conseil d'Etat s'est aperçu que le recours pour excès de pouvoir n'est pas dans ces cas une action subsidiaire, parce que le moyen parallèle n'était qu'une exception et ne promettait pas d'obtenir le même résultat que le recours; elle a abandonné, à partir de 1850, cette conception large du recours parallèle pour en adopter une plus stricte d'après laquelle le recours pour excès de pouvoir ne serait pas recevable à raison de l'existence d'une autre action directe et parallèle et pas seulement d'une exception portée devant une juridiction administrative ou judiciaire autre que le Conseil d'Etat statuant en matière du recours pour excès de pouvoir.

C'est la vraie théorie du recours parallèle. D'après cette conception, il ne suffisait pas qu'il y ait un moyen de défense il fallait un moyen d'attaque, une action, pour que le recours soit irrecevable. Il fallait que ce recours soit un recours parallèle et direct devant une autre juridiction accordant pleine satisfaction au requérant. L'exception d'illégalité soulevée à l'occasion d'une poursuite pénale ne rendait pas le recours pour excès de pouvoir irrecevable. Donc, la jurisprudence, d'accord avec son ancien Vice-Président, M. Laferrière, a basé cette fin de non-recevoir du recours pour excès de pouvoir à l'occasion d'un recours parallèle, non plus tant sur le caractère subsidiaire du recours pour excès de pouvoir,

que sur le défaut d'intérêt direct et personnel chez le requérant¹.

Cette théorie du recours parallèle est une création jurisprudentielle, pièce à pièce, sans avoir aucune base légale dans les textes. Elle fut adoptée et défendue pendant longtemps par M. Laferrière.

On entend par recours parallèle au recours pour excès de pouvoir, un recours de nature différente, de la compétence d'une juridiction administrative ou judiciaire, qui n'aboutit pas à l'annulation de l'acte administratif illégal, mais qui permet au requérant d'obtenir la même satisfaction que par le recours pour excès de pouvoir. En réalité nous allons montrer qu'actuellement cette irrecevabilité se confond avec celle du recours contre des actes subjectifs qui ne portent pas atteinte à une situation objective.

§ 1. La naissance de cette théorie

La théorie du recours parallèle a pris naissance à l'époque, où la jurisprudence administrative était encore retenue, c'est-à-dire, que le Chef de l'Etat était alors le seul juge du recours pour excès de pouvoir, en vertu de la loi des 7-14 octobre 1790, qui dispose : « Les réclamations d'incompétence seront portées devant le roi, chef de l'administration générale. » Une fois le recours pour excès de pouvoir, dit subsidiaire ou hiérarchique, juridictionnalisé, avec l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 qui attribuait au Conseil d'Etat le pouvoir de statuer souverainement sur la légalité de tous les actes émanant des autorités administratives, ce caractère du recours disparut.

1. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 478 et 479 : « Le recours pour excès de pouvoir n'est ni une action principale populaire, ni subsidiaire, un *ultimum praesidium*, dont on ne peut user que lorsque toute autre voie de droit est fermée. » « Il n'est pas une action populaire que chacun ait mission d'exercer en vue de l'intérêt de tous ; nous savons, dit M. Laferrière, au contraire, qu'il ne peut reposer que sur l'intérêt direct et personnel. » « Cette théorie fut fondée sur l'idée que l'intérêt né et actuel du demandeur fixe la limite de son droit d'agir en justice. »

§ 2. **Les raisons invoquées par la jurisprudence et la doctrine en faveur de cette théorie** et sur lesquelles on a essayé de la fonder, peuvent être classées en deux groupes : *les raisons théoriques et les raisons pratiques.*

A) Parmi les *raisons théoriques* qui ont conduit la jurisprudence et la doctrine à établir cette théorie, nous citons :

1° *La prétendue nature subjective du recours pour excès de pouvoir;*

2° *La prétendue nécessité d'un intérêt direct et personnel chez le demandeur.*

1° *La prétendue nature subjective du recours pour excès de pouvoir.*— Autrefois le contentieux était exclusivement un contentieux subjectif, tant pour l'administration puisqu'elle se posait la question de l'étendue de son droit de puissance, que pour l'administré, puisque pour lui se posait la question de savoir si ses droits subjectifs de liberté, de propriété, avaient été violés. Tout procès devait donc aboutir à la reconnaissance d'un droit subjectif de l'administration ou de l'administré.

Il fallait que la requête soit fondée sur un droit violé et non sur un simple intérêt¹. M. Laferrière, pour qui le recours pour excès de pouvoir n'est qu'une véritable action subjective ayant pour objet de donner satisfaction aux intérêts nés et actuels du demandeur, restreint l'application de la théorie subjective aux seuls recours fondés sur le moyen dit : « Violation de la loi et des droits acquis². »

Le recours pour excès de pouvoir étant un recours subjectif, on disait : à quoi bon sert cette *voie de droit*, *superflue* et susceptible de compliquer la solution³. Il n'est recevable

1. V. Artur soutient que le recours pour excès de pouvoir a, à sa base un droit violé, *R. D. P.* 1903, t. II, p. 422; Jacquelin, *op. cit.*, p. 241 et 250, s'exprime : « Le recours pour excès de pouvoir est la mise en œuvre d'un véritable droit violé du demandeur. »

2. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 437.

3. D'après l'opinion de Léon Marie, l'autonomie du recours pour excès de pouvoir serait une anomalie éphémère, une complication néfaste dans la pratique, impossible à justifier rationnellement, et qui est repoussée par les écri-

que si le requérant ne dispose pas d'une autre action.

On commettait une grave erreur de confondre deux voies de droit, tout à fait différentes, non seulement quant à leur nature, mais aussi quant à leur but et à leur objet.

Il est généralement admis aujourd'hui que le recours pour excès de pouvoir est une voie de droit objectif, autonome et indépendante du recours subjectif ayant un objet et but différents, et qui n'est pas recevable lorsque le moyen qui est invoqué est la violation d'un droit contractuel qui est essentiellement subjectif. La nature objective du recours pour excès de pouvoir est défendue en France, en dehors de la jurisprudence¹, par les plus grands savants du droit public. Notamment l'illustre Doyen Duguit, dont les travaux honorent autant la science du droit en général que la science française, exprime maintes fois et dans ses différents ouvrages que le recours pour excès de pouvoir n'est qu'une voie de droit objective, et qu'en réalité il n'a jamais pour effet de sanctionner un droit subjectif de l'administré. La question qui se pose est de savoir si la légalité a été violée². D'autres auteurs³, suivant les traces de Duguit, ont esquissé la théorie du contentieux objectif.

2° *La seconde raison invoquée fut la nécessité d'un intérêt*

vains les plus autorisés. V. « L'avenir du recours pour excès de pouvoir » *R. D. P.* 1901, t. II; et *Le droit positif et la juridiction administrative*, 2 vol. 1903

1. V. sur la nature objective du recours pour excès de pouvoir C. d'E. 4 arrêts du 1^{er} juin 1906, *Alcindor*, R. 906; 11 décembre 1908, *Association profes. du Ministre des colonies*, R. 1016; *Lot et Molinière*, 2 arrêts du 11 décembre 1909, R. 780; 6 août 1910, *Association des fonctionnaires du Ministre de l'Instruction Publique*, R. 719, *Lafage et Schlemer*, 8 mars 1912, S. 1913-3-1; *Piot*, 10 janvier 1913, R. 41; *Baron*, 24 novembre et autres.

2. V. Duguit, *L'Etat*, t. I, p. 581; *L'Etat*, t. II, p. 133 et 540; *Traité*, t. II, 2^e éd., p. 292 et 327; t. III, 2^e éd., p. 718; t. I, 3^e éd., p. 423, et t. II, 3^e éd. p. 495.

3. Jèze, *La notion de l'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris 1904, p. 201 et s., *R. Gen. d'adm.* 1903, t. III, p. 279; Bonnard, *Précis*, p. 128 et 141; Réglade, *op. cit.*, *R. D. P.* 1925, p. 425; Daresté, *La justice administrative*, 2^e éd., p. 222; Jean Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris 1905, p. 23; Bahuet, *Détournements de pouvoir*, p. 28. Cette conception est défendue en Italie par Porrini « Guirisdizione d'annulamento » dans l'*Archivio guiridico*, t. 48, 1892, p. 502; en Allemagne par Jellinek, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, 1892, 1902, p. 157 et 234; Laband *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, t. I, p. 148 et s. Gneist, *Zur Verwaltungsreform und Verwaltungsrechtspflege in Preussen*, p. 19.

direct et personnel chez le demandeur. C'est M. Jèze qui a remplacé l'exigence du droit acquis comme condition supplémentaire de recevabilité par celle d'un intérêt renforcé. On disait que si l'intérêt en général du requérant peut être satisfait par un moyen plus immédiat et plus personnel que le recours pour excès de pouvoir, le demandeur n'a plus de raison de demander la disparition de l'acte.

Or, la pratique jurisprudentielle, basée sur la doctrine, a démontré que le recours pour excès de pouvoir n'a pas à sa base un droit violé (comme soutient Artur). Il n'est pas non plus la sanction d'un droit individuel des particuliers, (comme dit M. Laferrière), mais une véritable action publique un recours juridictionnel, porté devant le juge afin de sanctionner la légalité méconnue, et d'assurer le bon fonctionnement des services publics, et point de procurer des bénéfices directs aux administrés. L'absence de défendeur, de condamnation, de frais, montre qu'il n'a pas une nature subjective. Enfin, le recours pour excès de pouvoir qui aboutit à l'annulation de l'acte, et non à la condamnation, produit des effets *erga-omnes* » et pas seulement « *inter-partes* », comme le recours subjectif. Donc, cette prétendue anomalie éphémère et passagère (comme l'appelle Léon Marie), est une institution des plus précieuses et originale du droit public français et du monde entier, accordant une sérieuse garantie aux administrés et particuliers contre tout arbitraire ou abus de l'administration.

B) *Les raisons pratiques*, invoquées en faveur de la théorie du recours parallèle, sont :

1° *D'éviter le trouble dans l'ordre légal des compétences*, c'est-à-dire d'éviter de donner au Conseil d'Etat statuant en recours une compétence universelle en lui attribuant des affaires qui seraient de la compétence des autres juridictions.

1. V. M. Jèze, *Année administrative*, 1903, p. 264 et *La notion de l'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, p. 200 et s.

et cela dans la crainte de revenir aux évocations de l'ancien régime¹.

On disait qu'admettre le recours pour excès de pouvoir contre les contrats ou les actes concourant à leurs conclusions, par exemple les actes d'autorisation, d'approbation, de même que contre les actes ou opérations concourant à la formation et à la validité des actes complexes, c'était empiéter sur la compétence du juge du contentieux subjectif du contrat ou de l'acte principal.

C'est ainsi, que le Conseil d'Etat rejette d'abord le recours formé contre divers actes unilatéraux, concourant à la formation d'un contrat ou d'un acte complexe, motif pris que ces actes étant une fois incorporés à l'acte principal, sont devenus définitifs, et ils forment un tout indivisible, et que sur leur légalité il ne peut être statué que sur le renvoi ordonné devant la juridiction compétente. Quant à l'acte principal, le requérant ne peut l'attaquer par le recours pour excès de pouvoir, du moment qu'il peut obtenir satisfaction par un recours subjectif, tiré de la nature de cet acte².

Il était juste de décider que le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable contre les contrats qui sont des actes subjectifs bilatéraux, de la compétence des contentieux subjectifs. C'est la nature de l'acte, subjectif, qui exclut le recours objectif contre de pareils actes.

Mais, parfois, il arrive qu'à des contrats, ou à des actes complexes il y a des actes administratifs incorporés qui ont concouru pour leur formation, et qui pris isolément, peuvent faire objet du recours pour excès de pouvoir. Par exemple, dans un contrat de bail passé par un maire ou un Préfet au

1. M. Laferrière, *op. cit.* t. II, p. 477, 2^e éd.

2. V. en ce sens C. d'E. 2 décembre 1892, *Jullien*, R. 842; 3 août 1894, D. P. 1895-3-77; 23 mars 1906 *Demoiselle Chauvin dite Sylviac*, S. 1908-3-17; 29 juillet 1910, *Caire*, R. p. 412, S. 1913-3-29. Dans le dernier arrêt le C. d'E. rejette le recours intenté contre l'acte de ratification du rôle. De même fut décidé à l'occasion d'un recours formé contre un arrêté préfectoral approuvant une délibération du Conseil Municipal en vertu de laquelle avait été passée au nom d'une commune soit un acte d'acquisition (29 juin 1869, D. 71-3-14), soit une concession d'eaux à titre onéreux (5 février 1886, D. 87-3-70).

nom d'une commune ou d'un département. Dans cet acte il y a des cahiers de charges qui ont une nature contractuelle, mais à côté il y a l'acte d'autorisation donné au maire ou au préfet de conclure le contrat émané du Conseil municipal dans les communes, ou du Conseil général dans les départements; l'acte d'approbation du contrat émanant du préfet ou du ministre ou les actes concourant à la création, à l'assiette ou au couvrement des impôts; les procédures d'adjudication préalables à un marché passé par l'administration avec un particulier, tous ces actes ne sont que des actes administratifs unilatéraux susceptibles de recours.

Faute d'avoir fait ce raisonnement, la première jurisprudence du Conseil d'Etat a eu des conséquences fâcheuses pour les tierces personnes non parties aux contrats, et lésées par ces actes. Les particuliers ne pouvaient attaquer, ni le contrat devant le contentieux judiciaire, n'étant partie à celui-ci, ni les actes administratifs unilatéraux concourant à leur validité, qui ont été considérés comme incorporés d'une manière indivisible à l'acte principal, lequel est de la compétence d'une autre juridiction.

Le Conseil d'Etat après avoir appliqué pendant longtemps la conception exposée, s'est aperçu que statuant sur la légalité d'un acte d'autorisation d'un contrat, ou sur le rôle d'une taxe, il n'opère jamais un empiètement sur la compétence de la juridiction du contrat, ou des contributions ou taxes. Au contraire, statuant en matière de recours pour excès de pouvoir sur la légalité de ces actes, il ne fait que remplir sa fonction de gardien de la légalité, en sa qualité de juge de droit commun, conformément à l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 (voir plus loin les arrêts cités).

2° Une autre et dernière raison invoquée en faveur de la théorie du recours parallèle fut *d'éviter des conflits entre les jugements* sur la même question¹. Mais même M. Laferrière

1. V. M. Laferrière, *op. cit.* 2^e éd., t. II, p. 477 et 478; Ducrocq, *op. cit.*, 2^e éd., p. 37.

est obligé de reconnaître que certaines contradictions entre des jugements sont quelquefois une conséquence forcée de l'indépendance respective des juridictions¹.

§ 3. Quelles ont été les conditions auxquelles l'existence d'un recours parallèle constitue une fin de non-recevoir du recours pour excès de pouvoir ?

Au début, quand le recours pour excès de pouvoir était conçu comme un recours subsidiaire on disait, que tout autre moyen d'attaque ou de défense, par exemple l'exception d'illégalité, le recours hiérarchique, ou un recours en réparation, rend le recours pour excès de pouvoir irrecevable et inutile.

Plus tard, quand on s'est aperçu que le recours pour excès de pouvoir n'est pas toujours un recours subsidiaire, on a soutenu que, pour qu'un recours rende le recours pour excès de pouvoir irrecevable il faut qu'il y ait :

a) *Une véritable action juridictionnelle portée devant le juge*, c'est-à-dire un moyen d'attaque et non une exception, un moyen de défense ou un recours hiérarchique. *L'action*, disait-on, *doit être directe et parallèle*. *Directe*, c'est-à-dire mise en mouvement par le requérant lui-même, défendant son intérêt personnel et non général. *Parallèle*, intentée avec intention de donner complète satisfaction aux intérêts du requérant².

D'après cette conception, l'existence d'une exception d'illégalité intentée en conformité de l'article 471, al. 15, contre la violation d'un règlement ne constitue plus un recours parallèle, rendant le recours pour excès de pouvoir irrecevable, tandis que le recours subjectif, soit en réparation du

1. Laferrière, *op. et éd. cit.*, t. I, p. 504.

2. V. Laferrière, *op. cit.* t. II, p. 481 : « Le recours est *parallèle* s'il conduit la partie au but auquel elle a le droit de prétendre en vue de son intérêt personnel; il est *direct*, s'il conduit directement au moyen d'une action résultant de sa propre initiative.

dommage, soit en réduction des impôts ou des taxes individuelles constitue un recours parallèle, est une cause d'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir. En matière d'expropriation indirecte et de délimitation illégale de rivage de la mer ou d'un fleuve, on a décidé que le recours en indemnité pour expropriation indirecte, intenté devant le tribunal civil, ne constitue plus un recours parallèle, rendant le recours contre le décret de délimitation, qui n'est qu'un acte administratif, non recevable¹ (Trib. conflits, 11 mai 1873, *Paris-Labrosse*.)

Il était, en effet, très injuste de refuser dans ce cas aux propriétaires le recours qui a une nature et un but différents de ceux du contentieux subjectif, et sur lequel il présente de grands avantages.

En effet, l'action en indemnité aboutit seulement à la réparation du préjudice causé; elle n'empêche nullement la mise en exécution de l'acte qu'autorise l'expropriation indirecte. Le recours pour excès de pouvoir intenté contre le décret d'expropriation ou de délimitation a pour effet d'annuler l'acte en permettant au propriétaire de rentrer en possession de son terrain. Donc, il était loin d'avoir deux actions parallèles accordant la même satisfaction. Mais en matière d'expropriation directe, la théorie des recours parallèles est moins tenue, et c'est très injuste pour les mêmes raisons que nous venons d'indiquer⁶. Cette solution fut donnée également en matière d'impôts où le Conseil d'Etat a décidé que l'action en décharge intentée contre la décision fixant le montant individuel des impôts, constitue un recours parallèle rendant le recours pour excès de pouvoir contre l'acte qui organise et fixe le montant de l'impôt en général, irrecevable². Cette

1. V. en ce sens la C. d'E. dans ses arrêts du 27 juin 1884, *Ville de Narbonne*, 11 février 1910, *Laurent-Champerosay*, R. 117, à l'occasion du dernier arrêt le C. d'E. rejette le recours contre la déclaration d'utilité publique illégalement prononcée, sous motifs que le requérant a une autre action subjective pour demander dommages-intérêts. Dans l'arrêt *Ducré* du 15 mai 1917, R. 600, le C. d'E. se prononce dans le même sens en matières d'adjudications irrégulières.

2. V. C. d'E. 4 décembre 1903, *Levrieux*, R. p. 401.

solution avait aussi un très grave inconvénient. Le contribuable ne peut intenter le recours en réduction du montant individuel qu'après avoir justifié qu'il a payé l'impôt. Donc, il est privé ici de la somme dont il réclame la réduction, tandis qu'avec le recours pour excès de pouvoir il n'est pas obligé de payer pour pouvoir intenter le recours.

Pour ces considérations d'ordre pratique et juridique la jurisprudence du Conseil d'Etat est arrivée à établir une deuxième condition qui caractérise la théorie du recours parallèle, et, d'après laquelle pour qu'un recours constitue un recours parallèle rendant irrecevable le recours pour excès de pouvoir, il fallait qu'il y ait :

b) *Un véritable recours juridictionnel aboutissant à l'annulation de l'acte attaqué* et que cette annulation soit *prononcée par le juge* et non par un supérieur statuant comme autorité hiérarchique. C'est ainsi que le recours en indemnité, réduction des charges, taxes, le recours hiérarchique par lequel un supérieur hiérarchique annule l'acte de son inférieur, ne constitue plus un recours parallèle. Les deux actions sont indépendantes et autonomes, ayant des buts différents et pouvant être exercées à la fois ou concurremment¹. La jurisprudence aujourd'hui laisse libre choix au requérant.

1. La jurisprudence du C. d'E. décide en conséquence qu'un contribuable d'une commune dont le Conseil Municipal a établi une taxe en mode illégal peut intenter le recours pour excès de pouvoir contre la délibération du Conseil Municipal établissant cette taxe afin de l'annuler, ou bien il peut intenter une action en décharge. L'action en décharge ne paralyse pas le recours pour excès de pouvoir, 6 juin 1879, rec. 463. Le recours hiérarchique par lequel un supérieur annule l'acte d'un de ses inférieurs ne constitue un recours parallèle, bien qu'il aboutisse à l'annulation d'un acte, parce qu'il est porté devant une autorité de l'administration active. V. en ce sens C. d'E. 10 mars 1911, *Commune de Boujailles*, S. 1912-3-41. Les propriétaires riverains de cours d'eau navigables et flottables obligés de régler leurs cours d'eau peuvent attaquer par le recours pour excès de pouvoir l'arrêté du préfet remplaçant par des taxes leurs obligations (C. d'E. 19 avril 1907, *De Noue et Dame Reid*, R. 348, S. 1909-3-105; 3 mai 1918, *Société Niçoise de transport automobile*, R. 407) sans que le C. d'E., statuant sur la légalité du montant individuel de ces taxes, empiète sur la compétence des tribunaux judiciaires devant lesquels les propriétaires peuvent par un recours subjectif demander réparation pour les préjudices à eux causés par cette mesure (C. d'E. 4 janvier 1924, *Fichet*, S. 1926-3-9, la note de Hauriou et Trib. des conflits 2 août 1922, *Ville de Rennes*, R. 799, où on permet aux tribunaux de l'ordre judiciaire et administratif de connaître concurremment d'un litige.

La jurisprudence de la haute juridiction administrative qui a évolué dans le sens de l'élargissement des conditions de recevabilité et vers la limitation de la théorie des recours parallèles est allée jusqu'à sa complète suppression. Pour aboutir à ce résultat, et sans troubler l'ordre légal de la compétence, elle a créé et employé à partir de 1903 une théorie nouvelle appelée :

§ 4. La théorie des actes détachables ou de dédoublement des opérations complexes

En vertu de cette théorie le Conseil d'Etat permet aux requérants, particulièrement aux tiers, d'attaquer isolément par le recours pour excès de pouvoir les *actes administratifs unilatéraux qui ont concouru à la formation du contrat*, ou d'un *acte complexe*, par exemple une *concession*, l'établissement d'une taxe, sans que le Conseil d'Etat ait à statuer sur la légalité de l'acte principal, c'est-à-dire du contrat ou de la taxe elle-même. Le Conseil d'Etat annule l'acte détachable sans violer l'ordre légal des compétences parce qu'il ne touche pas à la légalité de l'acte principal.

Le Conseil d'Etat a fait application de cette théorie *en matières de contrats*, à l'occasion d'un recours intenté par un tiers contre les actes d'autorisation, d'approbation, de passation; ou contre les actes de police relatifs à l'exécution d'un contrat. Dans tous ces cas, il a déclaré le recours recevable¹.

Cette conception si heureuse des actes détachables, trouve son application aussi *en matières d'impôts directs et indirects ou de taxes*.

1. V. en ce sens les arrêts du C. d'E. du 6 mars 1903 *Ardisson*, S. 1905-3-125; 11 décembre 1903, *Commune de Gore*, S. 1906-3-49; 12 novembre 1909, *Desrieux*, R. 866; 8 avril 1911, *Commune de Ousse-Susan*, S. 1913-3-49; note de Hauriou; 8 avril 1911, *Caillonel*, R. 467; 9 décembre 1911, *Belle*, S. 1914-3-88, dans lequel le C. d'E. prononce l'annulation d'une délibération d'un C. M. autorisant un contrat; 7 avril 1916, *Cellez*, R. 157; 12 juillet 1918, *Lefebvre*, R. 698, à l'occasion duquel il annule la délibération d'un Conseil Municipal autorisant, contrairement à la loi du 15 juillet 1906, une concession pour une distribution publique d'énergie électrique.

En vertu de ce principe la jurisprudence a déclaré recevable le recours pour excès de pouvoir intenté contre les actes d'établissement ou de recouvrement suivant un mode illégal des impôts, par exemple des actes d'établissement des rôles d'une taxe ou d'un impôt sans refuser au demandeur le droit qu'ils ont de contester la légalité des actes d'exécution et de recouvrement de la taxe elle-même ou des contributions directes devant le Conseil de Préfecture ou des contributions indirectes devant les tribunaux judiciaires¹.

Mais si ces actes ne sont pas détachables du contentieux du recouvrement de la taxe, ou de l'impôt lui-même, le Conseil d'Etat rejette tout recours intenté contre ces actes pour ne pas empiéter sur la compétence du contentieux des impôts².

Le Conseil d'Etat, en conformité avec la théorie de dedoublement des opérations administratives complexes, autrefois déclarées indivisibles a jugé non seulement la légalité des actes administratifs concourant à la formation d'un contrat, mais aussi la légalité des actes réglementaires que l'administration peut, par voie générale, prendre pour assurer le bon fonctionnement d'un service public, à l'occasion d'un contrat, par exemple une délibération d'un Conseil Municipal ou d'un Conseil général autorisant ou approuvant une *concession* (par exemple, en matière des travaux publics) et les décisions réglementaires rendues à cet effet³.

1. V. dans les affaires *Demoiselle Pelissier de Malakoff* du 5 mars 1915, R. 53, S. 1920-3-19 et *Larahn et Cie* du 24 mars 1922, R. 278, le C. d'E. admet le recours formé contre le rôle d'une taxe, en examinant la légalité de celui-ci, sans toucher à la légalité des actes d'exécution de la taxe eux-mêmes. Le recours intenté contre les actes détachables organisant l'impôt fut déclaré recevable. V. C. d'E. 19 juin 1918, R. 74, où le recours fut admis contre la décision fixant le montant individuel d'un impôt direct. Cette solution fut appliquée en des matières des contributions indirectes. V. arrêts du C. d'E. du 1^{er} mars 1918 *Chambre syndicale*, R. 119; 20 mai 1920, R. 527; 12 mai 1922, *Salas*, R. 407; 11 juillet 1924, *de Latour*, R. 663. C. d'E. 18 mai 1928, *Laurenz*, R. D. P. 1928, p. 517, annule un arrêté d'un maire établissant une taxe illégale.

2. V. arrêts C. d'E. du 22 juillet 1910; *Caire*, 667; 14 juillet 1916, R. 22; 8 juillet 1921, *Société française Norddeutscher Lloyd*, R. 682. Dans ce dernier arrêt fut décidé qu'une société n'est pas recevable à déférer directement par voie du recours pour excès de pouvoir l'arrêté par lequel le Préfet a ordonné la ratification de la contribution des patentes.

3. V. C. d'E. 24 juillet 1914, *Cie des tramways de l'Est*; 29 octobre 1926, *Gay*, D. H. 1926, p. 667.

L'acte de concession, en effet, n'est pas seulement un contrat, mais un acte complexe dans lequel on trouve d'abord un *acte règle*, des textes qui fixent par voie unilatérale les règles d'organisation et du fonctionnement du service; à côté de cet acte règle, il y a en second lieu l'*acte-condition accord* réalisé entre l'administration concédante et le concessionnaire et qui a pour effet d'attribuer à celui-ci une situation légale. Contre ces actes, règlement et acte-condition, le recours est recevable¹. Mais un troisième acte vient de s'ajouter à ces deux et c'est l'*acte contractuel*, créateur d'une situation juridique subjective qui garantit au concessionnaire des intérêts, des bénéfices, une certaine durée de la concession, etc. Contre ce dernier qui apparaît sous la forme du cahier des charges et contre toutes conventions qui ont un caractère contractuel, le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable².

Ne peuvent être attaqués par le recours pour excès de pouvoir, non seulement les cahiers des charges, mais aussi les actes pris en leur exécution³, où les actes pris en violation des cahiers des charges, où d'un contrat⁴.

1. V. C. d'E. arrêt 29 octobre 1926, *Gay*, à l'occasion duquel le C. d'E. décide qu'un habitant d'une commune peut attaquer par le recours pour excès de pouvoir une délibération d'un Conseil Municipal par laquelle celui-ci refuse au requérant le bénéfice de l'installation gratuite de l'éclairage électrique prévue dans l'acte de concession, pour le motif que cet habitant ne remplit pas les conditions exigées par les cahiers des charges. L'habitant ne demande pas la reconnaissance d'un droit individuel qu'il aurait du contrat, mais l'annulation d'une décision prise en violation des dispositions réglementaires de cet acte complexe. Dans l'affaire *Duverger* du 2 mars 1928, S. 1928-3-104, le C. d'E. déclare le recours pour excès de pouvoir formé contre un arrêté par lequel un préfet a modifié les stipulations d'un acte de concession de distribution d'éclairage et de force motrice concédé à un particulier, recevable. Le C. d'E. a décidé que le préfet a le droit conformément à la loi du 15 juin 1906, article 754, d'approuver ou de désapprouver certaines concessions de distribution publique d'énergie électrique données par les communes, mais aucune loi ne lui permet de les modifier sans excéder ses pouvoirs.

2. V. en ce sens C. d'E. arrêts du 6 décembre 1907, *Cie du Nord*, R 913; 11 mars 1910, précité; 9 février 1917, *Cie des chemins de fer à voie étroite*, R. 144; 26 novembre 1919, *Cie Est parisien*, p. 849.

3. V. C. d'E. 5 janvier 1924, *Cie Industrielle du gaz et de l'électricité contre Commune de Remiremont*, D. H. 1924, p. 128; 2 juillet 1926 *Randon*; Cass. civ. 12 juillet 1924, *Vue Bertrand*, S. 1924-1-241.

4. V. C. d'E. 6 décembre 1907, précité; 1^{er} août 1913, *Cie Tramways de Bordeaux*, R. 953; 9 février 1917, R. 145; 26 novembre 1919, *Cie Est Parisien*,

Le Conseil d'Etat applique la théorie des actes détachables aussi en matière d'*adjudication*¹, en *matière d'élection municipale*, en ce qui concerne le sectionnement électoral prononcé par délibération de Conseil Municipal. Cette délibération qui n'est qu'un acte administratif objectif conditionnel, peut être attaqué isolément par le recours pour excès de pouvoir, sans avoir besoin de saisir le contentieux électoral (Conseil de Préfecture²). Cette théorie fut appliquée aussi en matière des *actes de nomination* des fonctionnaires par concours (opération complexe).

A l'occasion de ces actes, la jurisprudence du Conseil d'Etat, déclare qu'on peut attaquer par le recours pour excès de pouvoir, non seulement les actes de nomination: élection, tirage au sort, qui sont comme nous avons vus des actes objectifs conditions, mais aussi l'acte de concours précédant nomination qui est une opération complexe, de même que tous les actes juridiques distincts, concourant à cette opération³.

849, 2 et 30 juillet 1924, R. 635, en ce sens aussi Duguit, *Traité*, t. II, 3^{ed}. p. 458 et s. De même les contestations qui peuvent s'élever entre le concessionnaire et l'usager sur la détermination des droits et des obligations de chacun sont de la compétence du juge du contrat, ici Conseil de Préfecture, dès qu'il y a lieu de l'interprétation des clauses contractuelles ou cahiers des charges. V. C. d'E. 23 décembre 1904, *Millet*, D. 1906-3-66; 5 février 1905, *Cie Universelle d'éclairage, de chauffage, de force motrice contre Soisson*, D. 1908-3-78; 24 novembre 1924, *Chartier* D. 1925-3-64; 29 octobre 1926, *Gay* précité.

1. V. C. d'E. 30 mars 1906, *Ballande*, R. 281; 17 décembre 1909, *Larre*, R. 1001. Dans l'affaire *Rouy* du 26 janvier 1912, R. 110, le C. d'E. s'est prononcé en termes suivants : « Considérant que les circonstances que l'adjudication dont le requérant conteste la régularité aurait été suivie d'un bail, dont l'annulation ne pourrait être poursuivie que devant l'autorité judiciaire, ne font pas obstacle à ce que le C. d'E. statue sur la légalité des actes d'autorité administrative qui ont précédé à cette adjudication, qui l'ont approuvée. » Dans l'arrêt *Ducret*, du 15 mai 1914, R. 606, le recours fut admis contre des adjudications faites sur des cahiers des charges contenant des causes illégales.

2. V. C. d'E. 7 avril 1903, *Chabot*, S. 1904-3-1.

3. V. en ce sens C. d'E. 10 mai 1912, *Bouteyre*, R. 553, S. 1912-3-115 avec conclusions du commissaire du Gouvernement M. Heilbronner, et la note de Hauriou; 7 juillet 1916, *Jarry*, R. 274; 13 juillet 1917, *Berillon*, R. 573 et 25 janvier 1918, *Gillet*, R. 76, à l'occasion duquel le C. d'E. admet le recours formé contre la décision arrêtant la liste des candidats admis à concourir. Le C. d'E. est allé encore plus loin en déclarant que l'annulité d'un acte irrégulier collaborant au concours entraîne la nullité de l'opération entière de la nomination faite par concours. A l'occasion de l'affaire *Gillet*, précitée, le C. d'E. annule l'admission d'un candidat chirurgien-dentiste à un examen et le diplôme lui

Certains juristes, surtout le Doyen Hauriou, ont soutenu, à tort, que le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir sur la légalité des actes concourant à la formation d'un contrat où d'un acte complexe, devient juge du contrat, confondant le contentieux subjectif avec le contentieux objectif. Or le Conseil d'Etat, par la discrimination entre l'élément légal et l'élément conventionnel d'un contrat où d'un acte complexe, se borne à apprécier seulement la légalité de l'acte administratif condition, où des opérations complexes préliminaires, sans toucher à la légalité de l'acte principal. L'annulation de l'acte accessoire au contrat n'entraîne pas la nullité de contrat, comme cela se passe au cas de l'acte de nomination d'un fonctionnaire par concours.

Il faut que les parties forment une action directe devant le juge du contrat, pour faire annuler celui-ci. On a soutenu que cette pratique jurisprudentielle n'a pas sa raison d'être. On a dit : à quoi sert donc l'annulation de l'acte concourant à la validité du contrat, puisque celui-ci subsiste. Il est certain, que, logiquement, devrait résulter de l'annulation d'une autorisation d'un contrat, l'annulation de l'acte principal, c'est-à-dire du contrat lui-même. Or, le Conseil d'Etat ne va pas jusque-là ; des raisons juridiques et pratiques justifient cette jurisprudence.

Premièrement, la jurisprudence permet par cette voie et aux tiers des contrats, de contrôler la légalité des actes.

Ensuite, par l'annulation des actes concourant à un contrat et sur lesquels il s'appuie, on crée une présomption d'irrégularité du contrat et on met les parties contractantes à même de demander l'annulation de celui-ci en invoquant la décision du Conseil d'Etat.

est conféré par le Ministre en base de cet examen. V. aussi en ce sens les arrêts du 16 février 1927, *Aldegeur*, R. 127. Il a été aussi décidé que l'acte de nomination par concours n'est pas un contrat, mais un acte administratif objectif, conditionnel, plurilatéral, non contractuel, qui ne peut être modifié ni avec l'assentiment des candidats. C. d'E. 13 juillet 1917, *Servanot*, R. 568.

La théorie du recours parallèle ne peut être justifiée par aucune raison de principe ou de pratique sérieuse. Tous les arguments soit théoriques, soit pratiques, invoqués à son appui n'ont aucune valeur scientifique ni aucune importance pratique. La prétendue nature subjective du recours pour excès de pouvoir est complètement fausse et rejetée tant par la doctrine, que par la jurisprudence. Pour ce qui concerne la nécessité d'un intérêt direct et personnel chez le requérant, et qui n'est en somme que la conséquence de la prétendue nature subjective du recours pour excès de pouvoir, aujourd'hui a évolué dans le sens, qu'un simple intérêt, même moral, suffit pour que le recours soit recevable. Mais, pour ne pas troubler l'ordre légal des compétences, nous venons de voir que la théorie des actes détachables écarte tout danger possible.

Aujourd'hui la jurisprudence, dans sa politique d'application de cette théorie, a été amenée, tant pour des raisons de principes juridiques, que pour des raisons pratiques, d'économie, à abandonner complètement la théorie du recours parallèle.

La nature objective du recours pour excès de pouvoir, et ses effets bienfaisants, sa procédure simple, peu coûteuse, l'exemption d'avocats (conformément au décret du 2 novembre 1864), des frais, les gains de temps qu'il permet de réaliser, tous ces facteurs ont contribué à la disparition de la théorie des recours parallèles toutes les fois que cela a été possible juridiquement. Cette théorie appliquée dans toute sa rigueur a eu en effet des conséquences très préjudiciables pour les justiciables. Par la voie subjective, ils risquent de ne pas obtenir justice complète et se trouvent engagés dans une procédure longue, compliquée et coûteuse. La jurisprudence est unanimement d'accord avec la doctrine pour déclarer, dans bien des cas, qu'il n'y a aucune incompatibilité entre ces deux actions ayant des buts et objets différents et que le requérant a un libre choix entre les deux actions

objectives où subjectives qui sont indépendantes et autonomes¹.

La théorie du recours parallèle dans sa rigueur primitive, est aujourd'hui combattue et rejetée par la doctrine entière². Même M. Alibert, d'après lequel cette théorie serait conforme au droit, et qui pense que ses conséquences sont naturelles, est obligé de reconnaître son insuffisance et sa disparition progressive³.

Donc la solution actuelle de la jurisprudence est la suivante : Elle admet le recours pour excès de pouvoir contre tous les actes administratifs, objectif où subjectif, unilatéraux à l'occasion desquels une situation de droit objectif est en jeu ; elle le rejette au contraire, lorsque l'acte subjectif ne porte atteinte à aucune situation objective, et la question qui se pose n'est plus une question objective, mais subjective et elle est de la compétence d'une des juridictions autre que le Conseil d'Etat statuant en matière du recours pour excès de pouvoir.

Dans ces cas l'irrecevabilité du recours n'a pas pour raison, selon nous, la théorie du recours parallèle, mais l'exis-

1. V. en ce sens, Trib. des conflits 2 août 1922, *Ville de Rennes*, R. 799; C. d'E. 4 janvier 1924, *Fichet*, S. 1926-3-9, note de M. Hauriou et M. Pichat dans ses remarquables conclusions sous arrêt Lafage précité, où le C. d'E. admet à côté d'un recours subjectif parallèle, la possibilité pour un fonctionnaire d'intenter et le recours pour excès de pouvoir qui s'exprime ainsi : *Ni la doctrine ni la jurisprudence n'admettent d'écarter le recours pour excès de pouvoir, à raison du recours parallèle. Il ne faut pas réduire le rôle du C. d'E. qui dans le recours pour excès de pouvoir est un juge de la légalité, un instrument mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue*. R. 1912, p. 351. V. en ce sens aussi Duguit, *Traité*, t. II, 2^e éd., p. 378, Ducrocq, *op. cit.* t. I, p. 237; Charreyron, *Du recours pour excès de pouvoir*, p. 233; Jacquelin, *op. cit.*, p. 245, qui s'exprime avec beaucoup de raison en disant « que la fin de non-recevoir du recours pour excès de pouvoir tirée de l'existence d'un recours dit parallèle, constitue une restriction arbitraire à l'admission du recours pour excès de pouvoir. Les parties ont par la loi l'option entre les actions. »

2. V. Duguit, *op. et loc. cit.*; Hauriou, *Précis*, 10^e éd., p. 416 et 445 et 11^e éd. p. 411. « La théorie du recours parallèle, dit Hauriou, peut être considérée comme abrogée, et cela constitue un véritable progrès. » M. Appleton, *op. cit.* p. 590 et s. est d'avis que la théorie du recours parallèle est aujourd'hui périmée.

3. M. Alibert, *op. cit.* p. 157 et s.

tence d'un contentieux subjectif. alors que le recours pour excès de pouvoir est exclusivement objectif.

Vu :
Le Doyen,
FERRON.

Vu, Bon à imprimer :
Le Président de Thèse,
R. BONNARD

Vu et permis d'imprimer :
Bordeaux, le 13 mai 1929,
Le Recteur de l'Académie,
F. DUMAS

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs,

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- ALIBERT. — *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris 1926, 1 vol., in-8°, 391 p.
- APPLETON. — *Traité élémentaire du Contentieux administratif*, Paris. 1927, 1 vol., in-8°, 681 p.
- AUCOC. — *Conférences sur l'administration et le droit administratif* faits à l'école des Ponts et Chaussées, t. 3, 3^e éd., Paris, 1885.
- J. BARTHÉLEMY et DUEZ. — *Traité élémentaire du droit constitutionnel*, Paris, 1926, 1 vol., in-8°, 703 p.
- BATBIE. — *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2^e éd., 9 vol., in-8°, Paris 1885-1894.
- BERTHÉLÉMY. — *Traité élémentaire de droit administratif*, 10^e éd., Paris 1923, 1 vol., in-8°, et 11^e éd., Paris 1926, 1 vol., in-8°, p. 1174.
- BONNARD. — *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris 1926, p. 555.
- *Les règlements des Assemblées législatives en France depuis 1789*. (Notices historiques et textes), Paris 1926, 1 vol., petit in-16.
- BONNECASE. — *Science du droit et Romantisme*, Paris 1928, 1 vol. in-8°, 745 p.
- CAPITANT. — *De la cause dans les obligations*, 3^e éd., Paris in-8°.
- CAPITANT et COLIN. — *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, 1925, in-8°, 3 vol., p. 1010.
- CAPITANT René. — *L'illicite*, t. 1, *L'impératif juridique*, Paris, 1928, in-8°.
- CARRÉ DE MALBERG. — *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 1, Paris, 1920, t. 2, 1922, in-8°.
- CRUET. — *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 5^e éd., Paris 1918.
- DARESTE P. — *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, Paris 1914, 1 vol., in-8°.
- *La justice administrative en France*, 2^e éd., Paris 1898, in-8°; XII-680 p.

- DUCROCQ. — *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, 7^e éd., 7 vol., Paris 1897-1905, in-8°.
- DUFOUR. — *Traité général de droit administratif appliqué*, 3^e éd., Paris, 12 vol., in-8°, 1870-1901.
- DUGUIT (Léon). — *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1 vol., 1901, 623 p.
- *L'Etat, les gouvernants, et les agents*, 1 vol., Paris 1903, 774 p.
- *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1 vol., in-16, Paris 1920, 206 p.
- *Les Transformations générales du droit public*, 1913, 1 vol., Paris, in-18, XIX-285 p., et 3 tirages Paris 1925.
- *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat, conférences faites à l'Ecole des Hautes Etudes sociales*, 3^e éd., 1 vol., Paris 1922, XLIV-160 p.
- *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., 5 vol., in-8°; t. 1, 1921, X-593 p.; t. 2, 1923, 719 p.; t. 3, 1923, 800 p.; t. 4, 1924, 937 p.; t. 5, 1925, 703 p.; 3^e éd., 5 vol., t. 1, 1927, XIX-763 p.; t. 2, 1928, 888 p.
- *Manuel de droit constitutionnel*, 4^e éd., 1 vol., in-16, Paris 1923, 805 p.
- *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, 4^e éd., Paris 1925, CCXXXVI-385 p. in-16.
- *Souveraineté et Liberté*, Leçons faites à l'Université de Colombia, New-York, en 1920-21, 1 vol. Paris 1922, 208 p.
- *Leçon de droit public et général*, Conférences faites à l'Université du Caire, 1926, 1 vol., in-16, Paris 1926, 340 p.
- ESMEIN (A.). — *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7^e éd., Paris 1921, et 8^e éd, revue par Nézard, t. 1, 1927, 648 p.; t. 2, 1928, 728 p., in-8°.
- GÉNY. — *Méthode d'interprétation et sources du droit positif*, 2^e éd., t. 1, Paris 1919, 446 p.; t. 2, 1919, 410 p.
- *Science et technique juridique en droit privé*, Paris, t. 1 à 4, 1921-1927, 4 vol., in-8°.
- GNEIST (R.). — *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, Berlin 1869, 1 vol., in-8° (XII-608 p.).
- *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsrecht in Deutschland*, Berlin 1879, 2^e éd., in-8° (X-360 p.).
- HAURIOU (M.). — *Précis élémentaire du droit administratif et du droit public*, 10^e éd., in-8°, Paris 1921, 1 vol., 942 p., et 11^e éd., 1927, 1 vol., in-8°, 1068 p.
- *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1927, 741 p., et 2^e éd., 1 vol. Paris 1929, 759 p. in-8°

- IHERING. — *Der Zweck im Recht*, Leipzig 1877, 1 vol., in-8°, 557 p.;
2 vol. 1883 in-8°, p. 716.
- ISKROV (K.). — *L'évolution du droit administratif russe*, 1 vol.
Irkytsky, 1927 (en russe).
- JACQUELIN. — *Les principes dominants du Contentieux adminis-*
tratif, Paris 1899, 1 vol., in-8°, 347 p.
- JELLINEK (G.). — *Das Recht des modernen Staates*, t. 1. *Allgemeine*
Staatslehre, 2^e éd., Berlin 1905, in-8°, XXXI-797 p. et trad.
franç. Paris 1911-13, 2 vol.
- *System der subjectiven öffentlichen Rechts*, 2^e éd., Tübingen 1905,
in-8° (XII-366 p.).
- *Gesetz und Verordnung*, Freiburg 1887, 1 vol., 8°.
- JÈZE (G.). — *Les principes généraux du droit administratif*, 2^e éd.,
in-8° Paris 1914, t. 2, et 3^e éd., Paris 1925, t. 1, in-8° XXXI-
442 p., et 1926, t. 3 in-8°, 519 p.
- *Les Contrats administratifs*, Paris 1927, 1 vol., in-8°, 257 p.
- KELSEN. — *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre*, Tübingen 1911,
in-8°, XXVII, 709 p.
- *Soziologische und juristische Staatsbegriff*, Tübingen 1922, in-8°.
- *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925 (XVI-433 p.), in-8°.
- LABAND. — *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 3^e éd., 1895, 4^e éd.,
1905, 5^e éd., 1911 Leipzig, in-8°.
- LAFERRIÈRE. — *Traité de la juridiction administrative et de recours*
Contentieux, 2^e éd., Paris 1896, 2 vol., in-8°.
- LAMBERT. — *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation*
sociale aux Etats-Unis, Paris 1921, in-8°.
- LAUN. — *Das Freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig und Wien,
1910, in-8° (XI-298 p.).
- MARIE. — *Le droit positif et la juridiction administrative*, Paris 1903,
2 vol., in-8°.
- MAYER OTTO. — *Deutschen Verwaltungsrecht*, München und Leipzig,
1924, 3^e éd., 2 vol.
- *Le droit administratif allemand*, éd. franc., 4 vol., Paris 1903,
in-8°.
- MERKL. — *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien und Berlin, 1927,
in-8° (XV-400 p.).
- MICHOUD. — *La théorie de la personnalité morale et son application au*
droit français, Paris; t. 1, 1906; t. 2, 1909 et 2^e éd., mise au cou-
rant de la législation, de la doctrine, et de la jurisprudence par
M. Trotabas L., Paris 1924, 2 vol., in-8° (IV-513 p. et 527 p.).
- MOREAU. — *Le règlement administratif, Etude théorique et pratique*
de droit public, Paris 1902, in-8° (524 p.).
- NEGULESCU (P.). — *Tratat de drept administrativ român*, 3^e éd.,
Bucarest, 1925, 1 vol., livre 1, 596 p.

- NOSSOF. — *La théorie de la justice administrative* S. S. R. 1925 (en russe).
- PASCU (J.). — *Conceptia asupra dreptului si stiintei administrative in legislatie si doctrina*, Chisinau 1927, in-8° p. 52.
- *Consiliul legislativ*, Bucarest 1928, 1 vol., in-8°, p. 39.
- *Curs de drept administrativ român*, lithographié et écrit à la machine par Alex. Saghin et Molin. Université de Cernăuți, 1925, p. 800.
- PIERRE (E. de). — *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 2^e éd., 1910, 2 vol., et 5^e éd. Paris 1921, in-8°.
- POLITIS. — *La justice internationale*, Paris 1924, in-16 (325 p.).
- RENARD. — *Le Droit, la Justice et la Volonté*, conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit, Paris 1924, in-8° (XII-383 p.).
- VIVIEN (A.). — *Etudes administratives*, 3^e éd., 2 vol., in-12, 1859.
- STAMBULESCU. — *Principii de drept Constitutional*, Bucarest 1924.
- STAAL. — *Rechts und Staatslehre*, 3^e éd., t. 2.
- TEISSIER. — *La Responsabilité de la puissance publique*, Paris 1906.
- TÉODORESCU (R.). — *Notiuni de drept administrativ*, 2^e éd., Bucarest, 1915.

THÈSES

- BAHUET. — *Détournement de pouvoir*, Paris 1912, in-8° (p. 177).
- BARTHÉLEMY (J.). — *Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Paris 1899, in-8° (204 p.).
- BLONDEL. — *Le contrôle juridictionnel de la Constitutionnalité des lois*, Aix 1927, in-8° (XIV-383 p.).
- BONNARD (R.). — *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Bordeaux 1903, in-8° (164 p.).
- CHEVALLIER (J. J.). — *L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir*, Nancy 1924, in-8° (344 p.).
- COVILLE. — *Le Contentieux de l'élection publique, ses éléments, ses caractères*, Rennes 1909, in-8° (221 p.).
- DAVID. — *De l'interprétation des traités diplomatiques par l'autorité judiciaire*, Nancy 1909, in-8° (151 p.).
- CHALVON-DEMERSAY. — *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, Paris 1922, in-8° (110 p.).
- EISENMAN. — *La Justice Constitutionnelle et la Haute-Cour Constitutionnelle de l'Autriche*, Paris 1928, in-8°, 307 p.

- FLANDERKA (O.). — *Le contrôle de la Constitutionnalité des lois en Tchécoslovaquie*, Paris, 1926, in-8° (157 p.).
- GOUNOT. — *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Dijon 1912, in-8° (470 p.).
- GRELAT (G.). — *L'essai d'une théorie juridique de l'instruction de service*, Nancy 1909, in-8° (470 p.).
- JAPIOT. — *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, Paris 1909, in-8° (III-964 p.).
- JÈZE (G.). — *La notion de l'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, Paris 1904, in-8°.
- HIO-HIO-KY. — *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, Aix, 1926, in-8° (189 p.).
- LEBLANC. — *Du pouvoir des tribunaux judiciaires d'apprécier en France la constitutionnalité des lois*, Paris 1924, in-8° (130 p.).
- LE COURTOIS. — *Des actes de gouvernement*, Poitiers, 1899, in-8° (268 p.).
- NÉZARD (H.). — *Théorie juridique de la fonction publique*, Paris 1901, in-8° (770 p.).
— *Les Principes généraux du droit disciplinaire*, Paris 1903, in-8° (427 p.).
- RÉGLADE (Marc). — *La coutume en droit public interne*, Bordeaux 1919, in-8°, IV-303 p.
— *De la nature juridique de l'acte d'association*, Bordeaux 1920, in-8° (80 p.).
- RENAULT. — *Des actes discrétionnaires*, Paris 1899, in-8° (132 p.).
- SONNIER (A.). — *La réforme administrative et les décrets Poincaré-Sarraut de 1926*, Grenoble 1927.
- THIERY. — *Les actes susceptibles du recours pour excès de pouvoir*, Lille 1912, in-8° (164 p.).
- TOURNYOL DU CLOS. — *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, Paris 1906, in-8° (135 p.).
- VIZIOZ. — *La notion du quasi-contrat*, Bordeaux 1912, in-8° (XII-376 p.).

PÉRIODIQUES

- ALEXIANU. — *Controlul Constituționalității legilor*, R. D. P. R., 1927, p. 549 à 592.
- BERTHÉLÉMY. — *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*, R. P. et P., 1898, t. 15, p. 5 à 16.
— *Les limites du pouvoir législatif*, R. P. et P. 1926, p. 355 et s.
- BERTHÉLÉMY et JÈZE. — *Consultations pour la société communale*

- des tramways de Bucarest. L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie*, R. D. P., 1912, p. 138 à 157.
- BLOCSZEWICKI. — *De la compétence de la Cour Permanente de Justice internationale*, R. D. I., p. 23 à 46.
- BONNARD (R.). — *Les pouvoirs judiciaires des Commissions d'enquête parlementaires et la loi du 23 mars 1914*, R. D. P. 1914 et tirage à part.
- *La conception juridique de l'Etat*, R. D. P., 1914, p. 57 et s.
 - *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, R. D. P. 1923, p. 363 à 386, et tirage à part, in-8° (34 p.).
 - *Notions sur l'Etat et sur les services publics*, R. D. P. 1925, p. 5 à 60, et tirage à part, p. 63.
 - *La Doctrine de Duguit sur le droit et l'Etat*, Rev. int. de la théorie du droit, 1927, p. 18 à 40.
 - *Léon Duguit, ses œuvres, sa Doctrine*, R. D. P. 1929, t. XLVI, p. 5 à 52.
 - *Les décrets-lois du Ministère Poincaré*, R. D. P. 1927, p. et tirage à part.
- BRÉMOND. — *Des Actes de gouvernement*, R. D. P. 1896, p. 22 à 75.
- CARRÉ DE MALBERG. — *La Constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875*, R. P. et P. 1927, p. 339 et s.
- *La question de la délégation de la puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance dans la Constitution de Weimar*, dans Bulletin de la Société de législation comparée, 1929, p. 591 à 619, et 155 à 173.
- DARESTE (P.). — *Les voies du recours contre les actes de la puissance publique*, Rev. gén. d'ad. 1917, t. 2, p. 5 à 22.
- DEMOGUE. — *Des modifications aux contrats par voie unilatérale*, Rev. trim. du droit civil 1907, t. 4, p. 245 à 310.
- DONNEDIEU de VABRES. — *Le régime nouveau de l'extradition d'après la loi de mars 1927*, R. D. I. P. 1927, p. 170 à 192.
- DUGUIT (L.). — *La Séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, rev. d'écon. pol., t. 7, 1893, p. 99-132, 306-372, et 537-615.
- *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, R. D. P. 1906 p. 413 à 471.
 - *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, R. D. P. 1907, p. 413 à 439.
- ESMEIN. — *De la délégation du pouvoir législatif*, R. P. et P. 1894, p. 193 à 200.
- LE FUR. — *La protection juridique des franchises locales*, Rev. gén. d'ad. 1911, t. 1, p. 385 et s.

- GIRAUD. — *Etude sur la notion du pouvoir discrétionnaire*, Rev. gén. d'ad. 1924, t. 1, p. 193 à 320.
- HENRY. — *Droit à la réparation pour perquisition faite par l'ennemi*, R. D. P. 1915, p. 683 à 700.
- HELLER (H.) et WENZEL (Max). — *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, résumé sur les travaux de la 1^{re} session de l'Association des Staatsrechtslehrer tenue à Munich en 1927 dans A. O. R. 1927, N. F., t. 13, p. 110 et s.
- HAURIOU (M.). — *Les idées de Duguit*, dans Recueil de l'Académie de Science de Toulouse 1911, p. 1 à 40.
- *Police juridique et fondement du droit*, Rev. trim. du droit civil 1926, p. 265 à 312.
- JÈZE (G.). — *Du contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique*, Rev. gén. d'ad. 1895, t. 2, p. 400 à 415.
- *Théorie générale sur les motifs déterminant des actes juridiques*, R. D. P. 1922.
- *Le dogme de la volonté nationale et la technique politique*, R. D. P. 1927, p. 165 à 184.
- *Le gouvernement de fait*, R. D. P. 1927.
- *Le Procédé technique de nomination en droit public*, R. D. P. 1927, p. 567 à 608.
- JÈZE (G.), POLITIS et BASDEVANT. — *La compétence des juridictions internationales*, R. D. P. 1927, p. 45 à 165, et 442 à 474.
- KUNZ. — *Die Rechts und Staatslehre Léon Duguit*, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 1927, p. 204 à 222.
- LABORDE-LACOSTE. — *De la ratification par le Parlement des décrets pris sur la délégation législative et édictant des sanctions pénales*, R. D. P. 1926, p. 390 à 501.
- LAPRADELLE. — *Du caractère discrétionnaire de la protection diplomatique*, R. D. P. 1906, p. 454 et s.
- LARNAUDE et SALEILLES. — *Etude sur les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif*, Bulletin mensuel de la Société de législation comparée, 1902, p. 221 et s.
- LARNAUDE. — *L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français*, R. P. et P. 1926 fév., p. 181 et s.
- MARIE. — *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir*, R. D. P. 1901, p. 264 à 297.
- MERKL. — *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, A. O. R. N. F., t. VII, 1924.
- MICHOUD. — *Des actes de gouvernement*, Annales de l'Université de Grenoble 1889, t. I, p. 263 à 335.
- *De la gestion d'affaires dans les services publics*, Rev. gén. d'adm. 1894, t. 2, p. 5 à 22 et 146 à 164.

- *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration* dans Annales de l'Université de Grenoble 1913, t. 25, p. 429 à 500 et 1914, t. 26, p. 19 à 59, et dans Rev. gén. d'adm. 1914, t. 3, p. 5 et 193, et 1916, t. 1, p. 5 et 193.
- NÉGULESCU (P.). — *La théorie de l'acte de gouvernement, dans la Revue de droit public roumain, R. D. P. R.* 1926, p. 518 à 540.
- NÉZARD. — *Le contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique, R. gén. d'adm.* 1909, t. 3, p. 129 à 152.
- OERTMANN. — *Freies und unfreies Ermessen, D. I. Z.* 1912, t. XVII
- PORRINI. — *La giustizia amministrativa di annullamento, dans Archivio giuridico* 1892, t. 48, p. 502 et s.
- VON PRAAG. — *L'immunité des juridictions des Etats étrangers et l'examen de puissance publique par les tribunaux* dans R. D. I. 1923, p. 436 et s.
- RARINCESCU (C. G.). — *Contenciosul administrativ român, R. D. P. R.* 1926, p. 46 et 203 et 597 à 662.
- RÉGLADE (M.). — *L'exception d'illégalité en France* dans R. D. P. 1923, p. 393 à 619, et tirage à part, in-8° 1923, 37 p.
- *De l'application aux marchés de fournitures du principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives, R. D. P.* 1924, p. 191 à 205 et tirage à part in-8°, 1923, p. 21.
- *De la nature juridique des traités internationaux et du sens de la distinction des traités-lois et des traités-contrats, R. D. P.* 1924, p. 505 à 537 et tirage à part in-8°, 1924, p. 40.
- *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir, R. D. P.* 1925, p. 415 à 446 et tirage à part in-8°, 1925, p. 38.
- ROLLAND. — *La situation juridique des engagés dans la légion étrangère, R. D. P.* 1908, p. 695 à 703.
- SIGNOREL. — *Du contrôle judiciaire des actes du pouvoir législatif, R. D. P.* 1904, p. .
- TEZNER. — *Zur Lehre von dem freiem Ermessen* dans I. O. R. T. V.
- VERMULEANU. — *La constitution roumaine du 23 mars 1923, R. D. P. R.* 1928, p. 206 à 221.
- WEYR (Fr.). — *La question de la délégation de la puissance législative, Rev. intern. de la théorie du droit*, 1927, p. 72 à 89.
- VISSIER. — *Les gouvernements étrangers en justice, R. D. I.* 1922, p. 300 et s.
- *Notes sur la responsabilité des Etats et la protection diplomatique d'après quelques documents récents, R. D. I. C.* 1927, p. 245 à 273.
- VIZIOZ. — *L'école du droit naturel et le quasi-contrat, Rev. crit.* 1912.
- *Observations sur l'étude de la procédure civile, Rev. de droit de*

la législation et de la jurisprudence en France sous la direction de M. Bonnet-Case 1927; fasc. 3 et 4, p. 161 et 254; 1928 fasc. 1, 2, 3, p. 20; 1929 fasc. 1.

RECUEIL DE JURISPRUDENCE

DALLOZ. — *Hebdomadaire, Périodique et Critique*, Recueil général des lois et des arrêts.

LEBON. — *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*.

SIREY. — *Recueil général des arrêts et des lois*.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	11
CHAPITRE PREMIER. — <i>Le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre les décisions de l'administration qui ont le caractère d'actes juridiques exécutoires.</i>	23
Section I. — <i>Le Recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre les décisions de l'administration qui ont le caractère d'acte juridique</i>	23
§ 1. Les simples faits matériels.....	23
§ 2. Le silence de l'administration.....	25
§ 3. Les actes inexistants.....	27
Section II. — <i>Le Recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre les actes juridiques exécutoires.</i>	34
§ 1. Les instructions individuelles et les circulaires....	35
§ 2. Les mises en demeure.....	43
§ 3. Les mesures préparatoires et confirmatives.....	45
§ 4. Les décisions d'inscription sur le tableau d'avancement	49
CHAPITRE II. — <i>Le Recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre les actes émanant des autorités ayant un caractère représentatif</i>	52
Section I. — <i>Les Actes des Chambres et des autorités parlementaires</i>	53
§ 1. Les lois à la fois formelles et matérielles.....	54
§ 2. Les actes d'administration faits par les deux Chambres en forme de lois.....	66
§ 3. Les résolutions des Chambres.....	68
§ 4. Les Actes accomplis par le Président de la Chambre des Députés et par le Président du Sénat.....	74
§ 5. Les décisions des commissions parlementaires....	76
§ 6. Les actes relatifs à la procédure parlementaire....	77

Section II. — <i>Les actes du gouvernement agissant comme organe politique</i>	82
§ 1. Les actes politiques relevant exclusivement du droit interne	84
I. — Les actes relatifs aux rapports du gouvernement avec les Chambres.....	84
II. — La déclaration de l'Etat de siège.....	86
III. — Les décrets de grâce.....	89
§ 2. Les actes diplomatiques.....	93
Section III. — <i>Les actes de gouvernement et les actes discrétionnaires</i>	103
§ 1. La prétendue théorie des actes de gouvernement..	103
I. — La base légale de cette théorie.....	104
II. — Le domaine de l'irrecevabilité du recours contre ces actes.....	105
§ 2. Les actes discrétionnaires	114
§ 3. La théorie des pouvoirs de guerre.....	118
CHAPITRE III. — <i>Les actes émanant des autorités judiciaires</i>	120
§ 1. Les jugements rendus par les tribunaux judiciaires et les actes pris en exécution de ces jugements.....	122
§ 2. Les actes administratifs au sens matériel émanés d'une autorité judiciaire proprement dite	124
§ 3. Les actes administratifs au sens matériel émanés des autorités administratives agissant en qualité d'autorité de l'ordre judiciaire	125
I. — Les actes du Ministre de la Justice accomplis en qualité de chef suprême de la Magistrature ne sont susceptibles du recours pour excès de pouvoir.....	125
II. — Les actes du Préfet de police de Paris et des départements agissant en vertu de l'art. 10, C. intr. crim. et de leur personnel de police.....	128
III. — Les actes accomplis par les maires et les adjoints comme officiers de l'état civil.....	131
IV. — Les actes des consuls et agents diplomatiques à l'étranger agissant comme juge de l'ordre judiciaire ou officier de l'état civil.....	132
V. — Les décisions des juridictions spéciales : d'assistance, fiscale, tribunaux des pensions militaires, des dommages de guerre, du Conseil supérieur de l'instruction publique	133
CHAPITRE IV. — <i>Le Recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre les actes administratifs formels objectifs ou</i>	

<i>contre les actes subjectifs unilatéraux qui portent atteinte à une situation juridique objective.....</i>	135
Section I. — <i>Les actes règles.....</i>	136
§ 1. Les Actes réglementaires du Chef de l'Etat.....	136
§ 2. Les règlements simples.....	140
§ 3. Les règlements d'administration publique.....	141
§ 4. Les règlements de nécessités.....	147
§ 5. Les règlements autonomes.....	151
§ 6. Les règlements coloniaux.....	152
§ 7. Les décrets-lois.....	154
Section II. — <i>Les Actes conditions.....</i>	157
§ 1. La nomination des fonctionnaires.....	158
§ 2. Les actes d'adhésion à une service public.....	167
§ 3. Les acceptations des offres de concours.....	168
Section III. — <i>Les actes subjectifs unilatéraux qui portent atteinte à une situation juridique objective.....</i>	169
Section IV. — <i>La théorie du recours parallèle.....</i>	178
§ 1. La naissance de cette théorie.....	180
§ 2. Les raisons juridiques et pratiques invoquées en faveur de cette théorie.....	181
§ 3. Les conditions auxquelles l'existence du recours parallèle constitue une fin de non-recevoir du recours pour excès de pouvoir.....	186
§ 4. La théorie des actes détachables ou de dédoublement des opérations complexes.....	189
BIBLIOGRAPHIE	197

